

CAUTELAS Y EXCESOS EN EL TRATAMIENTO DEL FACTOR RELIGIOSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CAUTIONS AND EXCESSES IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS HANDLING OF THE RELIGIOUS FACTOR

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 22-10-07

Fecha de aceptación: 25-2-08

Resumen: *En este trabajo se analizan algunos de los presupuestos y de las estrategias argumentativas empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su tratamiento del factor religioso. Estrategias que revelan un enfoque cauteloso ante la irrupción de la religión en el espacio público, que se traduce en una interpretación restrictiva del término “prácticas” religiosas y en la concesión a los Estados de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de justificar las interferencias en el ejercicio de los derechos individuales. Todo ello conduce a una concepción restringida de la libertad de manifestación de las creencias y a la admisión de restricciones más severas de la libertad de expresión cuando ésta incide en materia religiosa. El resultado es una jurisprudencia que tiende a la sobreprotección de las confesiones religiosas mayoritarias y que refleja una limitada consideración del valor del pluralismo.*

Abstract: *This work studies some presuppositions and argumentative strategies used by the European Court of Human Rights in their consideration of the religious element. It shows the cautious approach of the Court with regard to the irruption of religion in the public dominion, which results in a restrictive interpretation of the meaning of the term religious “practices” and the granting to the Contracting States of a wide margin of discretion to justify interferences in the exercise of individual rights. This approach leads to a limited conception of freedom in the manifestation of one’s own religious beliefs and the admission of harsh restraints of freedom of expression when the*

latter impinges on religious matters. The result is a jurisprudence inclined to the overprotection of the majority religious confessions, and which reveals a limited consideration of the value of pluralism.

Palabras clave: libertad religiosa, libertad de expresión, pluralismo.
Keywords: religious freedom, freedom of expression, pluralism.

1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIOSA EN EL CEDH

La libertad de conciencia y religiosa viene reconocida en el artículo 9 del CEDH. Mientras que el primer párrafo establece el ámbito de protección del derecho, el segundo se refiere a sus posibles limitaciones:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

No obstante, esta libertad debe ser complementada con la prohibición de discriminación por razones de religión contenida en el artículo 14 y con el derecho que, en virtud del artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio, asiste a los padres de asegurar para sus hijos una educación y una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, en la medida en que tales disposiciones garantizan dos dimensiones o proyecciones esenciales para el pleno ejercicio de aquella libertad.

1.1. La renuencia del TEDH a utilizar el artículo 9

Como se irá mostrando a lo largo de este trabajo, una de las notas principales que a mi juicio caracterizan la jurisprudencia del TEDH en esta materia es su actitud cautelosa frente al componente religioso. Y esta actitud se



deja traslucir, de entrada, en su renuencia a utilizar el artículo 9 y su proclividad a elegir, si es posible, otras vías alternativas y menos “problemáticas” para la resolución de los conflictos. De hecho, habrá que esperar hasta 1993 para encontrar un asunto, *Kokkinakis c. Grecia*, en el que se pronuncie sobre la vulneración del artículo 9.

Especialmente significativa es su resolución en *Darby c. Suecia* (1990). El demandante, un médico finlandés que trabajaba en Suecia, impugnaba la obligación de satisfacer íntegramente el impuesto eclesiástico que la legislación sueca exigía para el mantenimiento de la Iglesia luterana oficial. Esta legislación preveía la reducción de la cuantía del impuesto para los no pertenecientes a la Iglesia nacional, que sólo debían pagar un 30% destinado a cubrir los gastos ocasionados a las parroquias por la realización de algunas funciones administrativas. Pero esa reducción sólo era aplicable a los residentes en territorio sueco, razón por la cual el señor Darby –residente en el archipiélago finlandés de Aland– no había podido beneficiarse de la misma. Parece claro, por tanto, que la cuestión litigiosa incidía de manera directa en el ámbito de protección de la libertad religiosa, y en esa dirección se encaminaban las alegaciones fundamentales del demandante. Se presentaba, pues, una buena oportunidad para aplicar el artículo 9 del Convenio, sólo o en relación con el artículo 14. Y así lo entendió la propia Comisión, que en su informe señalaba la existencia de una vulneración tanto del artículo 9 –ya que el demandante era obligado a financiar las actividades de una Iglesia a la que no pertenecía– como del artículo 14 en relación con el 9 –porque la distinción entre residentes y no residentes no constituía un fundamento suficientemente razonable para justificar la diferencia de trato legal respecto a la reducción del impuesto eclesiástico–. Sin embargo, el Tribunal, reticente a abordar el asunto desde una perspectiva que le hubiera abocado a enfrentarse al espinoso problema de la compatibilidad de los privilegios de algunas Iglesias de Estado con el Convenio, eludió cualquier análisis a la luz de las exigencias del artículo 9. En su lugar, prefirió examinar la cuestión bajo el prisma del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo número 1, que se refiere a la protección de la propiedad. De este modo, aunque amparó las pretensiones del demandante, el Tribunal ni siquiera llegó a mencionar la dimensión religiosa del problema, que –se mire por donde se mire– parece esencial en el caso.

Aunque es cierto que en los últimos años esta tendencia parece haberse atenuado, sobre todo porque el TEDH se ha visto obligado cada vez con ma-

yor frecuencia a pronunciarse sobre el contenido sustantivo de la libertad de conciencia y religiosa, persiste sin embargo como una estrategia a la que el TEDH todavía recurre en algunas ocasiones cuando puede utilizar una vía alternativa de tratamiento del conflicto. Así puede apreciarse por ejemplo en *Tsirlis y Kouloumpas c. Grecia* (1997). Aquí los demandantes eran dos ministros religiosos pertenecientes a los Testigos de Jehová que habían sido condenados a prisión por incumplir una orden de reclutamiento militar. Hay que señalar que la legislación griega permite la objeción de conciencia de los ministros de “religiones conocidas” –estatus que había sido reconocido a los Testigos– y que los demandantes habían solicitado la pertinente exención del servicio militar antes de decretarse la orden de reclutamiento, pese a lo cual tuvieron que permanecer en prisión más de un año mientras sus solicitudes se hallaban pendientes de resolución por parte de las autoridades administrativas griegas. El asunto planteaba claramente un problema de discriminación en el ejercicio de la libertad de conciencia (artículo 9 en conjunción con el artículo 14), tal como reconocía la Comisión, por cuanto los hechos del caso respondían a una práctica habitual de la administración griega en virtud de la cual, mientras que los ministros de la religión ortodoxa oficial obtenían la exención sin ninguna dificultad, los ministros de otros grupos religiosos, y muy especialmente los Testigos de Jehová, se enfrentaban a dilaciones y obstáculos injustificables que frecuentemente impedían el efectivo ejercicio del derecho. Máxime si consideramos esa práctica en el marco de un contexto general de actuaciones de las autoridades griegas tendentes a obstruir las actividades de este grupo, obstrucción que el propio Tribunal ha puesto de manifiesto en otros casos¹. Sin embargo, el TEDH ni si-

¹ Es evidente el paralelismo entre este caso y *Manoussakis c. Grecia* (1996). Aquí los demandantes eran también unos Testigos de Jehová condenados a prisión por establecer un lugar de culto sin la autorización que la ley griega exige para toda confesión distinta de la ortodoxa, autorización que habían solicitado casi tres años antes de su condena sin recibir respuesta. En este caso el Tribunal sí estimó la existencia de una violación del artículo 9 del Convenio por cuanto la legislación griega otorgaba a las autoridades administrativas amplios poderes discrecionales para resolver tales solicitudes, no fijaba un límite temporal para contestar y exigía una autorización previa por parte del obispo local de la Iglesia ortodoxa. Y en su decisión hacía constar expresamente que “el Estado ha tendido a utilizar las posibilidades permitidas por las disposiciones anteriormente citadas para imponer condiciones rígidas, e incluso prohibitivas, para la práctica de sus creencias religiosas a ciertos movimientos no ortodoxos, en particular los Testigos de Jehová” (par. 48).



quiera llegó a poner en juego en su argumentación los artículos 9 y 14 al decidir previamente que la condena de los demandantes había constituido una violación del artículo 5, párrafo 1 del Convenio (derecho a la libertad y a la seguridad).

Similar forma de proceder puede encontrarse en *Hoffmann c. Austria* (1993), donde una testigo de Jehová impugnaba la sentencia del Tribunal Supremo austriaco que le negó la custodia de sus hijos basándose exclusivamente en una serie de consideraciones hipotéticas acerca de los posibles efectos negativos que podrían derivarse para los menores: previsible negativa a futuras transfusiones de sangre, probable marginación social en un medio ambiente en el que los principios de los Testigos no eran compartidos mayoritariamente, etc. La Sra. Hoffmann alegaba que la denegación de la custodia de sus hijos se debía únicamente a sus convicciones religiosas, y así lo entendió de hecho también el TEDH, pero éste no entró a considerar siquiera si la sentencia impugnada vulneraba los derechos de la demandante a su libertad religiosa (artículo 9) o a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones religiosas (artículo 2 del Protocolo nº 1), sino que se limitó a afirmar la vulneración del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) en relación con el 14².

Asimismo, en *Murphy c. Irlanda* (2003), un caso en el que se impugnaba la prohibición de la emisión radiofónica de un comunicado del *Irish Faith Centre* que anunciaba la proyección en sus locales de un vídeo sobre la resurrección de Cristo, el TEDH prefirió considerar el asunto como un problema adjetivo de “regulación de los medios de expresión”, posibilitando así su tratamiento desde la perspectiva del artículo 10 (libertad de expresión), antes que como un problema sustantivo de “profesión o manifestación de la religión”. Y más recientemente, en *Ülke c. Turquía* (2006), la demanda interpuesta por un pacifista que fue objeto de diversas condenas (sumando en total 701 días de prisión) por sus reiteradas negativas a incorporarse al cuartel donde realizaba el servicio militar y a usar el uniforme fue examinada y resuelta bajo el prisma del artículo 3 (prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes), evitando así el Tribunal la siempre delicada problemática planteada por la objeción de conciencia.

² Prácticamente idéntica situación de hecho e idéntica estrategia argumentativa por parte del TEDH puede encontrarse en *Palau-Martínez c. Francia* (2003).

1.2. La interpretación restrictiva del artículo 9.1.

1.2.1. La indeterminación del objeto de protección: creencias y convicciones

El objetivo proclamado por el artículo 9 es la protección de la “religión” y las “convicciones” personales, de manera que la delimitación conceptual de ambas nociones se presenta como un presupuesto fundamental para determinar el dominio o la extensión material de la esfera tutelada. Sin embargo, tanto la Comisión como el TEDH han mostrado escaso interés en la definición de los distintos elementos que conforman el contenido del artículo 9.1.

Particularmente llama la atención la ausencia de cualquier intento de definir –ni siquiera de una manera general o aproximativa– la noción de “religión”, que sin duda constituye el elemento nuclear sobre el que gravita la redacción del artículo y, por tanto, la referencia conceptual fundamental en relación a la cual han de delimitarse las creencias y convicciones que son objeto de protección. Más allá de las tradiciones religiosas principales –las grandes confesiones cristianas, el Judaísmo, el Islam, el Hinduismo o el Budismo–, también han sido examinadas al amparo del artículo 9.1 las demandas interpuestas por grupos como los “Testigos de Jehová”, la “Iglesia adventista del séptimo día” (*Konttinen c. Finlandia*), el Alevismo (*Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*), los sikhs (*X. c. Reino Unido*), una asociación para la promoción del culto de Krishna (*ISKCON c. Reino Unido*), la secta Moon (*X. c. Austria*), el “Ejército de salvación” (*The Moscow Branch of the Salvation Army c. Rusia*) o la “Iglesia de la cienciología” (*X. e Iglesia de la cienciología c. Suecia*). Pero lo que resulta realmente sorprendente es que nunca ni la Comisión ni el Tribunal han llegado siquiera a plantearse la cuestión de qué debe entenderse por “religión” o por “creencias religiosas” a los efectos del Convenio, sin establecer por tanto ningún criterio que permita delinear con cierta precisión los contornos de aplicación del precepto³.

Este desinterés llega incluso en alguna ocasión a hacerse expresamente patente, como sucede en *Chappell c. Reino Unido* (1986). En este caso la demanda fue interpuesta por la “Orden secular de los druidas”, a la que se ha-

³ El entonces presidente del TEDH, R. RYSSDAL, “Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights”, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998, ya mencionaba como una de las principales tareas pendientes la de definir con mayor precisión los diferentes elementos del artículo 9, y en particular qué debe entenderse por “religión” a los fines del primer párrafo (p. 93). Sin embargo, a día de hoy, dicha tarea no ha sido todavía afrontada.

bía prohibido acceder al monumento megalítico de Stonehenge para practicar una ceremonia tradicional celta. Y la Comisión, al abordar esta cuestión, se limitó a manifestar que “no ha considerado necesario decidir si el Druismo puede ser calificado o no como una religión en el sentido del artículo 9, párrafo 1. Ha asumido, a efectos de esta demanda, que es una religión o creencia”⁴. Es decir, se limitaba, sin más, a incluir dicha creencia en el ámbito de aplicación de ese precepto para, a renglón seguido, considerar inadmisibles la demanda en aplicación de los límites contenidos en el párrafo segundo. Es ésta una forma de proceder muy habitual por parte de la Comisión y el TEDH: no afrontar la cuestión de la consistencia de las creencias –evitando así entrar en delicadas y complejas disquisiciones sobre el significado y la extensión de la noción de “religión”– e invocar ulteriormente la legitimidad de las limitaciones, mostrándose además especialmente permisivo en la justificación de las intromisiones estatales.

En cualquier caso, y en relación con la propia noción de “religión”, el TEDH sí ha reconocido expresamente que la libertad religiosa figura “entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”⁵. El artículo 9.1 protege por tanto las creencias teístas, no teístas, agnósticas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna creencia.

Pero el ámbito material de protección no comprende únicamente el dominio de las creencias religiosas, o de aquellas que se definen en relación u oposición a la religión, sino que el artículo 9.1 habla también de “convicciones”. Noción ésta que –dada la estrecha correlación existente entre ambos preceptos– nos remite de manera inmediata a la de “convicciones filosóficas” contenida en el artículo 2 del Protocolo Adicional nº 1, dando entrada así a concepciones que desbordan el dominio de la espiritualidad religiosa. En este sentido, el TEDH ha señalado que constituyen “convicciones” protegidas por la libertad de conciencia y religiosa todas aquellas “opiniones que alcanzan un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia”, siempre que no sean incompatibles con la dignidad humana y merezcan respeto en una sociedad democrática⁶. Rasgos que hacen que tales convicciones, aun fuera de la dimensión propiamente religiosa, puedan

⁴ *Chappell c. Reino Unido*, par. 1.

⁵ *Kokkinakis c. Grecia*, par. 31.

⁶ *Campbell y Cosans*, par. 36.

desempeñar una función similar a las creencias, en la medida en que orientan prescriptivamente el comportamiento del individuo⁷. Esto es lo que les diferencia de las “ideas” y “opiniones” tuteladas por el artículo 10: no tanto su relevancia intelectual cuanto su incidencia directa sobre la esfera moral y la conducta práctica de la persona⁸. Así, han sido admitidas demandas basadas en “convicciones” tales como el pacifismo (*Arrowsmith c. Reino Unido*), el comunismo (*Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*), el ecologismo (*Chassagnou y otros c. Francia*)⁹, la oposición de los padres a los castigos corporales (*Campbell y Cosans c. Reino Unido*) o a la educación sexual en el sistema escolar (*Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*)¹⁰, o la masonería (*Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia*)¹¹.

En definitiva, por lo que respecta al ámbito material de extensión del artículo 9.1, el TEDH no ha tenido reparos en otorgarle en principio un alcance sumamente expansivo, evitando así afrontar el delicadísimo problema de la delimitación de las “creencias” y “convicciones” merecedoras de tutela. Sobre todo porque, como veremos posteriormente, el Tribunal dispondrá de márgenes suficientes de actuación para operar de manera restrictiva tanto

⁷ En este sentido señala J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 1993, que dichas convicciones, “sin ser religiosas, poseen una intensidad axiológica equiparable” (p. 64).

⁸ El dominio de las “creencias” y “convicciones” se aproximaría a lo que J. RAWLS, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, llama “doctrinas comprensivas”: religiones, éticas e ideologías que incluyen “concepciones acerca de lo que es valioso para la vida humana, ideales de carácter de la persona, así como ideales de amistad y de relaciones familiares y asociativas, y muchas otras cosas que informan acerca de nuestra conducta” (p. 43).

⁹ En este caso se otorgó la razón a unos propietarios ecologistas que se oponían a la obligación legal de permitir la caza en sus terrenos. Aunque la demanda fue admitida al amparo – entre otros – del artículo 9, el TEDH utilizó la ya mencionada estrategia de eludir su aplicación, utilizando esta vez el art. 1 del Protocolo nº 1 en relación con el art. 14 del Convenio. Pero, aún así, en su conclusión señalaba que la medida impugnada suponía la negación de “la facultad de dedicar su terreno a un uso conforme con su elección de conciencia” (par. 95).

¹⁰ El TEDH consideró que en este caso concreto no se habían vulnerado las convicciones de los progenitores por cuanto la instrucción sexual impugnada se limitaba a transmitir información de manera objetiva, crítica y pluralista, sin constituir ningún tipo de “adoctrinamiento”. Pero, aún así, hacía una llamada a las autoridades competentes para “velar, con el mayor cuidado, para que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo” (par. 54).

¹¹ Aunque finalmente el Tribunal resolvió el asunto desde la óptica de la libertad de asociación (artículo 11). Y de este modo, al entender que existía una vulneración de este derecho, consideró innecesario analizar el problema desde el ángulo del artículo 9.

en la determinación del nivel de protección de las diversas conductas asociadas a aquéllas como en la justificación de las intromisiones estatales en el ejercicio del derecho.

Sin embargo, la inclusión de esas creencias y convicciones no ha supuesto siempre un trato igualitario de las mismas. Así puede apreciarse claramente en la decisión de la Comisión en *L. y A. Angeleni c. Suecia* (1986). Las demandantes, una madre y su hija, eran ateas y habían solicitado que esta última fuera eximida de la asistencia a las clases de instrucción religiosa. Aunque la dirección del centro escolar le había permitido no asistir a la celebración de los oficios religiosos, aquella instrucción comprendía también, por ejemplo, el estudio de la Biblia, de canciones e himnos religiosos, de personalidades y modelos de vida religiosos, etc. Sin embargo, su solicitud fue rechazada porque la legislación sueca sólo permite esa exención cuando el alumno pertenezca a una confesión religiosa distinta de la Iglesia nacional que le pueda proporcionar una instrucción religiosa sustitutiva de la escolar. De hecho, el gobierno sueco había formulado en su momento una reserva al artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio al efecto de no garantizar el derecho de los padres a obtener la exención de sus hijos de la instrucción religiosa cristiana salvo en las circunstancias mencionadas. Por ello, la Comisión debía limitarse a considerar únicamente las alegaciones planteadas por la menor –representada por su madre– en relación a la violación del artículo 9, considerado aisladamente y en relación con el artículo 14. Pero, aún así, declaró la demanda inadmisibile.

Por lo que se refiere al artículo 9, la Comisión rechazó la demanda porque consideró que aquella instrucción no suponía un adoctrinamiento religioso. Aunque dicha afirmación no es suficientemente explicada, del análisis global de la situación parece desprenderse que la razón que sustenta la decisión de la Comisión es su consideración de que aquella instrucción no era una instrucción confesional –en el sentido de estar dirigida a inculcar en los alumnos la creencia en los dogmas específicos de una confesión o iglesia particular– sino una instrucción más general relativa al conocimiento de la religión cristiana. De todos modos, sin embargo, no parece que tal consideración pueda desvirtuar el hecho básico de que, al fin y al cabo, se trataba de la enseñanza de una doctrina religiosa –por amplia que ésta sea– claramente incompatible con las creencias y convicciones de la demandante. Especialmente si se tienen en cuenta algunas afirmaciones previas del propio TEDH sobre el carácter esencialmente “doctrinal” de toda instrucción religiosa,

que por su propia naturaleza rebasa los límites del mero conocimiento¹². En cuanto a las alegaciones sobre el supuesto trato discriminatorio de que eran objeto los alumnos ateos en relación con los pertenecientes a otras confesiones religiosas distintas de la Iglesia sueca, que se hallaban exentos de tal instrucción, la Comisión consideró que la finalidad perseguida por el gobierno sueco de asegurar que todos los niños recibieran una instrucción de carácter religioso era un fin legítimo con arreglo al Convenio, de manera que la diferencia de trato entre ateos y creyentes tenía a estos efectos una justificación objetiva y razonable.

¹² Así, en *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca* (1976), el TEDH consideró que era compatible con el artículo 9 del Convenio la educación sexual obligatoria impartida en las escuelas danesas en la medida en que se limitaba a proporcionar, de manera objetiva y pluralista, una serie de informaciones útiles, sin preconizar un comportamiento sexual determinado. Y ante la alegación planteada por los demandantes de que dicha obligatoriedad implicaba un trato discriminatorio en comparación con la posibilidad de exención de los cursos de instrucción religiosa, el tribunal rechazó tal pretensión aludiendo a la “diferencia de naturaleza” entre instrucción religiosa e instrucción sexual, enfatizando que “la primera difunde necesariamente doctrinas y no simples conocimientos” (par. 56). De hecho, recientemente, en *Folguero c. Noruega* (2007), el TEDH ha resuelto de manera bien distinta un caso que presentaba cierta similitud con *Angeleni*. Aquí los demandantes, miembros de la Asociación Humanista Noruega, solicitaban que a sus hijos se les eximiera de asistir a la asignatura “Cristianidad, Religión y Filosofía”. En este caso, la mitad del programa se dirige al conocimiento de la Biblia y de la Cristiandad, fundamentalmente bajo la forma de la Fe Luterana Evangélica –que constituye la Iglesia oficial de Noruega–, mientras que la otra mitad se dedica al estudio de los principales rasgos de otras religiones y filosofías. El programa incluye asimismo la práctica de actividades tales como recitar la Biblia, cantar himnos religiosos, orar o asistir a servicios religiosos. Si bien la ley noruega reconoce el derecho de los padres a solicitar una exención parcial respecto de aquellos contenidos que puedan contrariar sus creencias o convicciones, dicha exención afecta sólo a la práctica o participación en dichas actividades, no al conocimiento de la materia: se establece así una “enseñanza diferenciada” para los alumnos “exentos” en la que la implicación directa mediante la participación es sustituida por la observación mediante la mera asistencia, preservándose así el objetivo de transmitir el conocimiento de los contenidos correspondientes al programa. De este modo no se obliga a dichos alumnos a tomar parte en las acciones de recitar, cantar, orar o practicar los servicios religiosos pero sí deben conocer lo que es recitado, cantado, orado o practicado. Sin embargo, el TEDH ha considerado que “la distinción entre actividad y conocimiento no sólo es muy complicada de realizar en la práctica sino que parece disminuir sustancialmente la efectividad del derecho a la exención parcial”, corriéndose el peligro de que tal instrucción pueda influir en las creencias de los niños (par. 99). Y por esa y otras razones concluye –aunque por un escasísimo margen de nueve votos contra ocho– que la no admisión de una exención plena resulta contraria al Convenio.

Más significativa aún resulta su decisión en *N. c. Suecia* (1984). En este caso era un pacifista quien había visto rechazada su solicitud de exención al servicio militar y, como consecuencia de su negativa a incorporarse a filas, había sido posteriormente condenado a prisión. La razón de la denegación fue que la legislación sueca –de manera análoga a lo que sucedía en el caso anterior– sólo permite la objeción de conciencia a quien pertenezca a una confesión religiosa cuyas creencias impidan la prestación del servicio militar. En la práctica esta excepción se había aplicado fundamentalmente a los Testigos de Jehová, pero se hallaba abierta también a otros grupos religiosos que pudieran tener creencias similares en esta materia. El asunto a decidir era, por tanto, si esta exigencia de adscripción a una confesión religiosa suponía un trato discriminatorio para los poseedores de otras convicciones análogas de carácter no religioso. En este caso, las convicciones pacifistas, respecto de las que no cabía ninguna duda en cuanto a su inclusión en el ámbito de protección del artículo 9.1. A pesar de ello, la Comisión declaró la demanda inadmisibile, fundándose en que “la pertenencia a una secta religiosa como los Testigos de Jehová es un hecho objetivo que crea un alto grado de probabilidad de que la exención no se concederá a una persona que simplemente desea escapar del servicio”, mientras que, por el contrario, “esa alta probabilidad no existiría si se concede también la exención a individuos que reclaman tener objeciones de conciencia a tal servicio o a miembros de grupos u organizaciones pacifistas”¹³.

En ausencia de la más mínima argumentación o prueba que pudiera justificar por qué es más fiable a estos efectos la adscripción del solicitante a un grupo religioso que a un grupo pacifista, la decisión parece descansar lisa y llanamente en un prejuicio injustificado sobre la menor intensidad y sinceridad de las “convicciones” en comparación con las “creencias” religiosas. Tanto es así que la Comisión ni siquiera se molestó en considerar el apabullante historial “pacifista” del demandante: un periodista que a lo largo de diez años había escrito dos libros y numerosos artículos sobre la materia; había promovido la organización de congresos, conferencias, grupos de estudio, manifestaciones, etc., a través de un activo liderazgo en organizaciones como *Swedish Peace and Arbitration Society* –de la que fue vicepresidente entre los años 1973 y 1977– y *War Resisters Internacional* –de cuyo Consejo Internacional era miembro electo desde 1979–; e incluso había recibido en 1979 el Premio Eldh-Ekblad’s de la paz. Nada de eso fue tenido en cuenta: a juicio de la Comisión pe-

¹³ *N. c. Suecia*, par.1.

saba más el simple dato formal de la adscripción a una confesión religiosa que el compromiso ético –no religioso– fehacientemente acreditado.

De este modo, aunque el Convenio no establece ninguna distinción en relación a la protección de las creencias y convicciones tuteladas al amparo del artículo 9.1, en ocasiones la jurisprudencia ha operado una modulación de distintos niveles de protección en el interior del propio precepto en función de la distinta naturaleza de las concepciones, privilegiando apriorísticamente las de carácter religioso o trascendente. E incluso, dentro del campo de las propias creencias religiosas, el TEDH ha admitido la compatibilidad con el Convenio de la existencia de Iglesias de Estado o de confesiones con un régimen jurídico privilegiado. Régimen que puede incluir, por ejemplo, la concesión, con carácter exclusivo, de beneficios en materia fiscal (*Darby c. Suecia*), procesal (*E. y G. R. c. Austria*) o en el campo de la educación (*Valsamis c. Grecia*). Queda así patente el muy limitado papel que corresponde a los principios de igualdad y de neutralidad estatal en este ámbito. Es cierto, no obstante, que el TEDH ha desarrollado algunas valiosas implicaciones de la idea de neutralidad o imparcialidad. Así, ha señalado que no cabe ningún poder de apreciación estatal sobre la legitimidad de las creencias religiosas (*Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia*), que el Estado no puede tomar medidas para asegurar que las comunidades religiosas estén bajo un liderazgo unificado (*Serif c. Grecia*), que una autoridad religiosa no puede intervenir en el procedimiento administrativo para la autorización de un lugar de culto (*Manoussakis c. Grecia*), o que los funcionarios estatales pueden estar sujetos a restricciones especiales (*Dahlab c. Suiza*). Pero, para el TEDH, el principio de neutralidad no funciona como un presupuesto general del derecho de libertad religiosa que se traduzca de manera inmediata en una exigencia de laicidad o aconfesionalidad, ni mucho menos de igualdad, sino que aquellas implicaciones sólo son puestas en juego en el ulterior y más específico plano del control de la legitimidad de las concretas injerencias estatales en el ejercicio del derecho¹⁴. De este modo, el deber de neutralidad no ha supuesto un obstáculo para la aceptación del Estado confesional, aunque resulte paradójico proclamar al mismo

¹⁴ En este sentido señalan M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL y M. A. CAÑIVANO, *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003, que, ante la imposibilidad de declarar abiertamente la laicidad, la neutralidad viene a actuar en el ámbito del Convenio como una alternativa de aquella (p. 108). Alternativa que, dado su alcance limitado, en ningún caso puede suplantarse la carencia derivada de la falta de reconocimiento del principio de laicidad (p. 112).

tiempo la incompetencia del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas. En el otro extremo, nada impide tampoco la admisión en el marco del Convenio de un Estado laicista al estilo francés¹⁵.

1.2.2. La concepción restrictiva de la esfera de actuación protegida

La protección de las creencias y convicciones se despliega en un doble plano, por cuanto el contenido de las libertades garantizadas consiste tanto en la libertad para creer (o no creer) como en la libertad para actuar en conformidad con aquellas. En este sentido, el TEDH ha distinguido entre la protección del foro interno de la conciencia y la protección de las manifestaciones externas de las creencias y convicciones. La tutela del foro interno queda reflejada en las dos primeras frases del artículo 9.1. Pese a su redacción, parece lógico entender que lo que se protege aquí es básicamente la libertad de tener o elegir tales creencias o convicciones sin ningún tipo de interferencia, exigencia que constituye un *prius* lógico a la posibilidad misma de cambiarlas. En este ámbito la protección otorgada a la conciencia es absoluta, puesto que las restricciones previstas en el párrafo segundo sólo son aplicables a las manifestaciones externas. De manera que ello supone la existencia de algunos límites claros a la actuación de los Estados, fundamentalmente la prohibición de adscripción obligatoria a una confesión –lo que se traduce, por ejemplo, en la incompatibilidad con el Convenio de la imposición del juramento sobre los Evangelios para acceder a un cargo público, en la medida en que ello equivale a la obligación de guardar fidelidad a una determinada religión¹⁶– y la prohibición de todo intento de adoctrinamiento¹⁷.

Por lo que se refiere al ámbito externo, el artículo 9.1 reconoce y ampara la libertad de manifestar esas creencias y convicciones por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Es evidente que aquí el problema principal se presenta en relación a la delimitación de lo que constituyen “prácticas” tuteladas por el Convenio, en la medida en que dicho término es tan genérico e impreciso que cabría referir a él prácticamente cualquier conducta fundada en la conciencia. Este problema fue afrontado en *Arrowsmith c. Reino*

¹⁵ En sentido contrario cfr. A. TORRES, “La libertad de pensamiento, conciencia y religión”, en J. GARCÍA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, que no sólo identifica neutralidad y laicidad en el marco del Convenio sino que considera que en éste no tiene cabida un sistema laicista (p. 511).

¹⁶ Cfr. *Buscarini y otros c. San Marino*, par. 39.

¹⁷ Cfr. *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, par. 53.

Unido (1977), un caso en el que una pacifista había sido condenada a prisión por distribuir unos folletos entre los soldados británicos incitándoles a desertar o rehusar el cumplimiento de las órdenes si eran enviados a Irlanda del Norte. La recurrente alegaba que su conducta constituía una manifestación de sus convicciones en la práctica, resultado de un imperativo moral que surgía de su compromiso vital con la causa pacifista. Pero la Comisión señaló que las “prácticas” sólo constituyen manifestación de las creencias o convicciones si “tienen una conexión real” con ellas, es decir, si son realmente necesarias para el cumplimiento de las obligaciones exigidas por las mismas¹⁸. Estableció así una distinción, respaldada posteriormente por el TEDH, entre conductas que son manifestación de las creencias o convicciones y otras que simplemente están motivadas o inspiradas por ellas. Sólo las primeras pueden entenderse como “prácticas” en el sentido del Convenio, por lo que el artículo 9.1 no garantiza siempre el derecho a comportarse públicamente en conformidad con aquellas.

Esta distinción puede, sin duda, funcionar de manera razonable como una válvula de seguridad o un mecanismo para la desactivación del potencial disolvente de las ilimitadas e incontrolables exigencias de la conciencia, especialmente si se tiene en cuenta la indeterminación y amplitud mostrada por el TEDH a la hora de configurar inicialmente la esfera de las creencias y convicciones tuteladas por el Convenio. En esta línea, por ejemplo, se ha sostenido que no constituyen conductas aceptables –pese a la legitimidad de las convicciones que puedan inspirarlas– la inmunidad solicitada por una enferma de esclerosis lateral amiotrófica para que su marido pudiera auxiliarla en su suicidio (*Pretty c. Reino Unido*), el abandono del puesto de trabajo sin permiso para la celebración de una fiesta religiosa (*Kosteski c. Macedonia*) o la negativa por parte de un ministro de la religión estatal a realizar determinadas funciones administrativas por hallarse en desacuerdo con la legislación sobre el aborto (*Knudsen c. Noruega*). Sin embargo, el hecho es que frecuentemente esta distinción ha servido al TEDH para llevar a cabo y dar cobertura a una interpretación bastante restrictiva de las actuaciones amparadas por el artículo 9.1, como puede observarse por ejemplo en su aceptación de la expulsión de un militar por la adopción de opiniones fundamen-

¹⁸ Puesto que los folletos perseguían forzar la retirada de las tropas de Irlanda del Norte y el cambio de la política británica, sin contenerse en ellos referencia alguna al ideal de la resolución del conflicto mediante la discusión o la negociación o a otros contenidos del ideario pacifista, la Comisión decidió que la conducta de la demandante no constituía una manifestación de sus convicciones.



talistas (*Kalac c. Turquía*)¹⁹ o, incluso, en su cuestionamiento de que el uso del velo islámico constituya propiamente una “manifestación” de las creencias religiosas²⁰. El resultado es un considerable vaciamiento de contenido del término “prácticas” y la exclusión del ámbito de protección del artículo 9.1 de prácticamente toda forma de conducta que no se halle directamente vinculada con la enseñanza o la celebración del culto y los ritos religiosos.

Esta tendencia restrictiva es especialmente apreciable en aquellos casos en que las normas o medidas estatales impugnadas tienen un carácter general y neutral, esto es, cuando no responden directamente a una motivación de carácter religioso sino que persiguen objetivos políticos legítimos, aunque sus prescripciones puedan interferir de hecho en las creencias o convicciones de algunos individuos o grupos²¹. En aplicación de este criterio, los

¹⁹ Este caso resulta especialmente problemático. Prescindiendo incluso del hecho de que el gobierno turco justificaba la expulsión del oficial en la acusación genérica de que “su conducta y actitud revelaban la adopción de ideas fundamentalistas”, sin que pudiera hacer constar siquiera referencia alguna a –ni prueba de– actuaciones o incumplimientos concretos de sus obligaciones profesionales, la propia argumentación del TEDH se muestra muy endeble. Después de observar que al demandante no se le había impedido la práctica de los ritos exigidos por sus creencias religiosas –orar cinco veces al día, asistir los viernes a los servicios religiosos y observar el Ramadán–, concluye sencillamente que su expulsión del ejército no constituye una interferencia con el derecho protegido por el artículo 9 porque “no fue motivada por la manera en que el demandante manifestaba su religión” (*Kalac c. Turquía*, par. 31).

²⁰ Así, en *Leyla Sahin c. Turquía* expresó serias dudas al respecto, admitiéndolo como tal sólo hipotéticamente, a efectos argumentativos: “la decisión de usar el velo puede considerarse un acto motivado o inspirado por una religión o creencia y, sin decidir si tales decisiones constituyen en todos los casos el cumplimiento de un deber religioso, el Tribunal partirá de la asunción de que la reglamentación litigiosa, que somete el uso del velo islámico a restricciones de lugar y de forma en las universidades, constituyó una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión” (par. 71). Nuevamente, pese a mostrar tales dudas, el TEDH recurrió a su estrategia de aceptar este punto sin discusión para, a continuación, rechazar la demanda de la recurrente y justificar la intromisión estatal en virtud de la aplicación de los límites del artículo 9.2.

²¹ Esta idea goza de una amplia tradición en el pensamiento de la tolerancia religiosa. Ya J. LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, trad. de P. Bravo, Tecnos, Madrid, 1991, señalaba como criterio justificativo de la actuación estatal la comprobación de que “la ley no es hecha para un asunto religioso, sino para un asunto político” (p. 41). Desde esta perspectiva, lo importante son las motivaciones de la actuación estatal, no sus consecuencias. En aquellos momentos ésta es una de las ideas que marcan la diferencia entre los planteamientos de quienes, como Locke, defendían la mera tolerancia y los de aquellos que reclamaban un derecho natural de libertad religiosa: para los primeros, más que un derecho a la libertad de culto como tal, existe, a lo sumo, un derecho a no ser interferido en el culto únicamente por razones religiosas. Cfr. J. I. SOLAR, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 208-210.

órganos encargados de la aplicación del Convenio han considerado que no constituían prácticas o manifestaciones en el sentido del artículo 9.1 actuaciones como la oposición de un cuáquero a pagar –salvo que se dedicase a otros fines– el porcentaje del impuesto sobre la renta que el gobierno británico destinaba a gastos militares (*C. c. Reino Unido*), la exención de los deberes laborales en determinadas fechas solicitada por un funcionario para el cumplimiento de sus obligaciones religiosas (*Konttinen c. Finlandia*), el rechazo de la adscripción obligatoria a un colegio profesional por razón de su orientación ideológica (*Revert y Legallais c. Francia*), o la negativa de unos testigos de Jehová a la participación de sus hijos en un desfile escolar el día de la fiesta nacional griega, que conmemora la fecha de inicio de la guerra contra la Italia fascista (*Efstratiou c. Grecia* y *Valsamis c. Grecia*). De manera que, en virtud de este criterio, casi siempre se ha rehusado aceptar que los comportamientos motivados por la conciencia puedan entrar en la esfera de protección del artículo 9.1, desterrando así de raíz prácticamente toda posibilidad de ejercicio legítimo de la objeción de conciencia en cualquier ámbito. Lo cual resulta paradójico al constituir la libertad de conciencia uno de los derechos fundamentales recogidos en el precepto²².

Esta estrategia argumentativa, fundada en la imprecisa distinción manifestación-motivación y en el carácter neutral y general de las medidas impugnadas, se ha convertido así en un cómodo expediente para evitar entrar en el complejo y delicado problema de fondo suscitado por la existencia de un conflicto real entre la norma y las creencias o convicciones de determinados individuos o grupos. Conflicto cuya resolución requeriría un adecuado ejercicio de ponderación en cada caso entre las exigencias de la libertad de conciencia y religiosa y la satisfacción de los fines generales perseguidos por la norma. Por el contrario, como señala J. Martínez-Torrón, el planteamiento elegido por el TEDH es equivocado por irreal, en la medida en que significa, lisa y llanamente, negar la existencia del conflicto y, en el fondo, sustituir virtualmente el juicio moral de la persona afectada por el suyo propio²³. Así puede observarse claramente en los mencionados casos de *Efstratiou* y *Valsamis* (1996), en los que se impugnaban las sanciones de expulsión temporal

²² Cfr. I. MARTÍN, *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002, pp. 147-148.

²³ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, *cit.*, p. 69.

impuestas por las autoridades académicas griegas a los escolares que se negaron a participar en el desfile –desfile que tenía lugar además fuera del calendario y del ámbito escolar–. Después de hacer referencia a la afirmación contenida en el informe previo de la Comisión en el sentido de que “el artículo 9 no confiere un derecho a la exención de normas disciplinarias que se aplican de manera general y neutral”, el TEDH concluía sencillamente que la sanción impugnada no constituía una interferencia en la libertad de conciencia y religiosa porque “la obligación de participar en el desfile escolar no era tal como para ofender las convicciones religiosas de sus padres”²⁴.

1.3. La interpretación extensiva de las restricciones del artículo 9.2

Las manifestaciones de la libertad religiosa incluidas en el ámbito del artículo 9.1 no gozan de una protección absoluta sino que, como el resto de las libertades recogidas en los artículos 8-11, se hallan sujetas a las restricciones señaladas en el párrafo segundo. En todo caso, estas restricciones han de satisfacer tres exigencias:

- a) Han de estar previstas por la ley. Según ha señalado el TEDH, esta noción de “ley” no ha de interpretarse en un sentido formal sino sustantivo, comprendiendo tanto la totalidad del derecho escrito como el *common law*. Y además requiere ciertas “calidades” en cuanto a su publicidad, previsibilidad y accesibilidad por parte de los destinatarios²⁵.
- b) Han de hallarse encaminadas a la protección de determinados bienes que tienen un carácter taxativo: la seguridad y el orden público, la moral pública, la salud pública y los derechos y libertades de los demás. Fines que son tan amplios e indeterminados que resulta muy fácil para los Estados justificar sus actuaciones refiriéndose a alguno de ellos o, lo que es más frecuente, a varios conjuntamente. En este punto, el control por parte del TEDH se ha limitado a comprobar que existe una correspondencia formal entre los fines alegados por el Estado y los recogidos en el Convenio.
- c) Han de considerarse necesarias en el marco de una sociedad democrática, lo cual se traduce en la doble exigencia de que exista una

²⁴ *Efstratiou c. Grecia*, par. 37 y 38, y *Valsamis c. Grecia*, par. 36 y 37.

²⁵ *Cfr. Sunday Times c. Reino Unido*, par. 47-49.

“necesidad social imperiosa” que justifique la injerencia y que ésta “sea proporcional al fin perseguido”.

Resulta obvio decir que, finalmente, el contenido real de los diversos derechos recogidos en el Convenio ha dependido en gran medida del grado de permisibilidad con las injerencias estatales que el TEDH se ha mostrado dispuesto a aceptar en relación a cada uno de ellos. Especialmente en el caso de la libertad de conciencia y religiosa, donde la tendencia del Tribunal a eludir cualquier determinación de carácter general acerca de su contenido sustantivo se ha traducido en un patente desinterés por la definición de los distintos elementos contenidos en el artículo 9.1 y en un claro desplazamiento del centro de atención jurisprudencial hacia el examen particularizado de las restricciones estatales justificables a la luz del segundo párrafo. De manera muy significativa, el interés del TEDH se ha centrado así mucho más en la cuestión de la justificación de las limitaciones que en la propia configuración de la libertad tutelada²⁶.

En este contexto, resulta crucial el papel desempeñado por la cláusula “necesario en una sociedad democrática” como estándar de interpretación en el control de la actuación estatal, por cuanto se ha convertido en el instrumento fundamental a través del cual el TEDH ha ido modulando el alcance efectivo de los derechos contenidos en los artículos 8-11. Nos encontramos aquí en el corazón mismo del Convenio: en el lugar donde confluyen la exigencia de proteger unos derechos dirigidos a garantizar el pluralismo consustancial al sistema democrático y, paradójicamente, la necesidad de restringirlos justamente en aras del funcionamiento del propio sistema. De manera que en el juego de esta cláusula y en la interpretación que de ella haga el TEDH se traslucirá indefectiblemente su concepción sobre el modelo de sociedad democrática inherente al Convenio y sobre la función que en ella ha de corresponder a aquellos derechos. Y, desde esta perspectiva, me parece particularmente reseñable el hecho de que el Tribunal se ha mostrado especialmente condescendiente con las injerencias estatales en la libertad religiosa, admitiendo en este ámbito un grado de interferencia mucho mayor que el permitido en relación con otras libertades conexas, tales como la libertad de expresión o la de reunión y asociación.

Como se ha señalado, esta cláusula se ubica en un punto crítico del sistema, sometido a las tensiones entre la lógica centrífuga que justifica la actua-

²⁶ Cfr. H. CULLEN, “The Emerging Scope of Freedom of Conscience”, *European Law Review*, núm. 22, 1997, p. 32.

ción estatal en persecución de determinados fines y la lógica centrípeta que exige la garantía efectiva de los derechos, entre el carácter subsidiario del mecanismo de protección del Convenio y la aspiración integradora de fijación de unos estándares europeos comunes. De ahí su doble función como instrumento habilitador de las injerencias estatales en el ejercicio de las libertades y, al mismo tiempo, como expediente limitador de dichas injerencias al condicionarlas al cumplimiento de determinadas exigencias. Tensiones que el TEDH maneja mediante el recurso a su doctrina del “margen de apreciación nacional”, en virtud de la cual reconoce a las autoridades nacionales una cierta discrecionalidad tanto en la apreciación de la existencia de una situación de necesidad social imperiosa como en la elección y puesta en práctica de las medidas restrictivas adecuadas para satisfacer tal necesidad. Este margen de discrecionalidad no es, sin embargo, idéntico en todos los casos sino que el TEDH lo modula teniendo en cuenta varios factores, tales como la naturaleza del derecho y su importancia, el fin perseguido con la injerencia, la existencia de un consenso europeo en la materia, el contexto del caso, etc²⁷.

En este sentido, resulta chocante que, mientras que el TEDH ha reducido al mínimo el margen de apreciación estatal en el ámbito de los artículos 10 y 11, al estimar que tanto la libertad de expresión como la de reunión y asociación son esenciales para garantizar el pluralismo esencial al buen funcionamiento del sistema democrático, por el contrario, en el ámbito de la libertad de conciencia y religiosa –pese a las reiteradas afirmaciones que la sitúan al lado de aquellos como garante del pluralismo– aquél ha enfatizado por el contrario la incidencia de otros factores que operan en la dirección contraria, ampliando enormemente ese margen de apreciación²⁸. Fundamentalmente, el TEDH se ha apoyado para ello en la ausencia de un consenso europeo:

²⁷ Para un análisis detallado del juego de estos factores en la determinación del “margen de apreciación nacional” y, en definitiva, de la función de la cláusula “necesario en una sociedad democrática” en el sistema del Convenio, cfr. D. I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

²⁸ Sobre este margen mínimo de apreciación por parte del Estado, y la necesidad de un control europeo riguroso en materia de libertad de expresión y de reunión y asociación, cfr. *Sunday Times c. Reino Unido*, par. 65 (art. 10) y *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, par. 46 (art. 11). Incluso en el ámbito del artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar), dada la naturaleza íntima de la esfera protegida y su importancia para el individuo, el TEDH también ha mantenido una concepción muy restrictiva del margen de apreciación nacional, como puede apreciarse en *Dudgeon c. Reino Unido*, par. 52.



Cuando están en juego cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las confesiones religiosas, respecto de las cuales las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir ampliamente, debe concederse una importancia especial al papel del órgano nacional (...). No se puede discernir en Europa una concepción uniforme sobre el significado de la religión en la sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de la extensión y la forma de tales regulaciones debe dejarse inevitablemente hasta cierto punto al Estado interesado, puesto que dependerá del contexto doméstico²⁹.

La ausencia de consenso se convierte así en la razón que justifica la concesión a las autoridades nacionales de un amplio poder discrecional para restringir el ejercicio de las libertades de conciencia y religiosa, concesión que en algunos casos va a distar muy poco de una genuina dejación de funciones. De este modo, la ya mencionada tendencia del TEDH a interpretar restrictivamente el ámbito de protección del derecho se combina con una actitud de enorme laxitud a la hora de justificar sus restricciones por parte del Estado a la luz del artículo 9.2³⁰. El resultado es una concepción restrictiva de la libertad tutelada que limita seriamente, cuando no cercena de raíz, incluso algunas de las manifestaciones más íntimamente ligadas a la expresión de las creencias.

Significativo a este respecto es el tratamiento otorgado al proselitismo en *Kokkinakis c. Grecia* (1993). El demandante era un testigo de Jehová que, denunciado por la esposa de un *chantre* de la iglesia ortodoxa oficial tras mantener con ella una conversación sobre cuestiones religiosas, fue condenado por proselitismo porque –según rezaba la sentencia del Tribunal griego– “había intentado influir en su interlocutor abusando de su inexperiencia

²⁹ *Leyla Sahin c. Turquía*, par. 109.

³⁰ Estrategia que, como señala J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, parece contrariar la lógica immanente al Convenio, que requiere una interpretación amplia de los derechos y restrictiva de las limitaciones, especialmente cuando se trata de aquellos derechos que se hallan dirigidos a garantizar el pluralismo (p. 9).



en materia de dogmas y explotando su fragilidad intelectual”³¹. En su resolución, el TEDH parte de la idea de que el testimonio de palabra u obra está indisolublemente ligado a la propia existencia de las creencias religiosas, de manera que la libertad de manifestar la religión “implica, en principio, el derecho de intentar convencer al prójimo”. La condena de los tribunales griegos suponía, pues, en principio, una injerencia en la libertad religiosa del Sr. Kokkinakis. Injerencia que sólo podría estar justificada si, además de hallarse prevista legalmente, perseguía un fin legítimo y resultaba necesaria en una sociedad democrática. En cuanto al fin, el Tribunal se limitaba a afirmar con carácter general que “en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten en el seno de una misma población, puede ser necesario que dicha libertad sufra limitaciones derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos”, con el objeto de concluir que las restricciones adoptadas por el Estado griego podían encontrar cobijo en el artículo 9.2 bajo la rúbrica de la protección de los derechos y libertades de los demás. Restaba, pues, por considerar la cuestión decisiva de si la medida impugnada era necesaria en una sociedad democrática.

Para ello, y después de hacer alusión al margen de apreciación estatal en esta materia, el TEDH trazó una distinción entre el legítimo testimonio “cristiano” (¿acaso no cabe fuera del cristianismo?) y el proselitismo abusivo, consistente éste último “en ofrecer ventajas materiales o sociales para conseguir adeptos a una iglesia, presionar de manera abusiva a las personas en situación de necesidad, o recurrir a la violencia o al lavado de cerebro”, métodos “que no se concilian con el respeto debido a la libertad de pensamiento,

³¹ En Grecia, el proselitismo se halla prohibido constitucionalmente y sancionado penalmente por una ley de 1938 que establece que “por proselitismo se entiende, especialmente, toda tentativa directa o indirecta de penetrar en la conciencia religiosa de una persona de confesión diferente con el fin de modificar su contenido, sea por medio de toda suerte de prestación o promesas de prestación o de seguridad moral o material, sea por medios fraudulentos, sea abusando de su inexperiencia o de su confianza, sea aprovechando su necesidad, su fragilidad intelectual o su ingenuidad”. Es de resaltar, además de la amplitud de la definición legal, que la jurisprudencia griega interpreta el término “especialmente” en el sentido de que los medios indicados en la ley no suponen una enumeración exhaustiva y cerrada de las formas de proselitismo proscritas, considerando que el elemento fundamental del tipo es la mera intención de penetrar, directa o indirectamente, en la conciencia ajena con la intención de cambiarla. Al amparo de esta legislación, más de 4.400 testigos de Jehová habían sido arrestados en Grecia desde la restauración de la democracia en 1975 hasta el año 1992.



de conciencia y de religión de los demás”. Distinción que, más allá de la discutible terminología utilizada, parece sin duda razonable en la medida en que marca una línea divisoria entre la divulgación de las propias creencias y el forzamiento de las conciencias ajenas. Sin embargo, a partir de ahí, cuando se hacía evidente el contraste con la legislación griega, el TEDH se limitó a afirmar que “los criterios adoptados por el legislador griego son aceptables en la medida en que sólo pretenden castigar el proselitismo abusivo”, concluyendo a renglón seguido que, no obstante, en este caso existía una violación del artículo 9 del Convenio porque “en su razonamiento, los tribunales griegos establecieron la responsabilidad del demandante simplemente reproduciendo los términos de la ley, sin especificar suficientemente de qué modo había intentado convencer a su prójimo por medios abusivos”³².

De este modo, aunque la conclusión fue favorable al demandante, la argumentación del TEDH resulta sumamente cuestionable en la medida en que, una vez más, eludió afrontar la cuestión verdaderamente fundamental: ¿es realmente conciliable con la libertad de manifestar las creencias una legislación como la griega, que sanciona penalmente la más mínima tentativa de persuadir al interlocutor, haciendo así del debate religioso un acto intrínsecamente coercitivo, independientemente de los medios utilizados?³³. Y, de hecho, varios magistrados mostraron en votos particulares su disconformidad con la forma de proceder de la opinión mayoritaria, afirmando que el Tribunal debía haber declarado la patente incompatibilidad de la legislación griega con el Convenio. En efecto, parece que no sólo resulta consustancial a la misma noción de libertad de conciencia y religiosa la pretensión del creyente de dar a conocer abierta y públicamente sus creencias –incluso con la intención de persuadir a los demás–, sino que la tolerancia, el pluralismo y el diálogo inherentes al sistema democrático demandan la posibilidad de una genuina y libre confrontación de ideas también en este ámbito. No en vano, la defensa del diálogo y la libre discusión en asuntos religiosos como

³² Kokkinakis c. Grecia, par. 48 y 49.

³³ Este punto ha sido criticado de forma prácticamente unánime por la doctrina. Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, cit., p. 67; A. GARCÍA URETA, “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en I. LAGASABASTER (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 348; J. M. SÁNCHEZ, “La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El derecho al proselitismo religioso y el asunto Kokkinakis c. Grecia”, *Revista General de Derecho*, 1996, p. 11583; S. BUENO y M. J. GUTIÉRREZ, *Proselitismo religioso y derecho*, Comares, Granada, 2002, p. 169.

un instrumento valioso para el conocimiento y el entendimiento recíprocos constituye uno de los argumentos más sólidos y recurrentes en la turbulenta historia de la lucha por la tolerancia religiosa, desde el humanismo cristiano de Erasmo o T. Moro hasta la gran tradición liberal encarnada en figuras como J. Milton, J. Locke o J. S. Mill. La incompetencia del Estado para juzgar en materias de doctrina religiosa y una mínima exigencia de neutralidad en su actuación deberían impedir que éste pudiera interferir o prohibir un diálogo voluntariamente emprendido entre individuos capaces, siempre que los medios utilizados sean legítimos.

Pese a todo, el TEDH mantuvo intacta su posición sobre el proselitismo en *Larissis c. Grecia* (1998), un caso en el que se impugnaba la condena de unos oficiales del ejército griego por entablar discusiones teológicas, criticando ciertos dogmas de la iglesia ortodoxa, tanto con soldados como con civiles. Aunque su interés radica precisamente en el diferente tratamiento otorgado por el Tribunal a ambos supuestos. Si bien en relación con el proselitismo ejercido ante civiles se concluía la existencia de una violación del Convenio por los mismos motivos que en *Kokkinakis*, en lo relativo a la conducta de los oficiales hacia sus soldados el TEDH entendió que la estructura jerárquica consustancial a la organización militar podía condicionar las relaciones entre sus miembros, “de tal modo que para un subordinado es difícil rechazar a un superior que le aborda o sustraerse de una conversación emprendida por éste”. Por eso, incluso lo que fuera de esa organización “podría pasar por un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o rechazar, puede, en el marco de la vida militar, ser percibido como una forma de acoso o como el ejercicio de presiones por un abuso de poder”³⁴. Consideración que le llevaba a concluir que la condena impuesta por los tribunales griegos no suponía en este caso una violación del artículo 9 del Convenio.

Otra muestra muy significativa de esta concepción restrictiva de la libertad de manifestar las creencias, y del papel crucial que en el desarrollo de dicha concepción juega la doctrina del “margen de apreciación nacional”, es el respaldo otorgado por el TEDH a la prohibición del uso del velo islámico (nos referimos en concreto a la *hijab* o pañuelo que cubre el cabello de la mujer). Este problema ha sido tratado en *Leyla Sahin c. Turquía* (2005). Leyla era una estudiante de quinto curso de medicina en la Universidad de Estambul

³⁴ *Larissis c. Grecia*, par. 51.

a quien le fue denegado el acceso a los exámenes y la matrícula en cursos sucesivos por incumplir una circular del Vicerrector que prohibía el uso del velo a las mujeres y la barba en los hombres, de modo que se vio obligada a abandonar su país para concluir los estudios en la Universidad de Viena. La argumentación del TEDH en este caso constituye un buen muestrario del consabido repertorio de cautelas y estrategias evasivas. Como ya se apuntó anteriormente, el Tribunal ni siquiera admite que la utilización del velo constituya una “manifestación” de una creencia en el sentido del artículo 9.1, y no simplemente un acto inspirado o motivado por ella. Pero como no quiere entrar en esa discusión porque ello le llevaría a afrontar una delimitación más precisa de los confines de aquel precepto, recurre a la estrategia de aceptarlo provisionalmente como tal y dar entrada así al juego de las restricciones del párrafo segundo. De este modo, una vez comprobado que la prohibición del uso del velo en la Universidad constituía una injerencia prevista por la ley y dispuesta en persecución de fines legítimos –la protección de los derechos y libertades ajenos y el mantenimiento del orden público–, todo dependía una vez más del juicio del TEDH sobre la necesidad de dicha injerencia en una sociedad democrática.

En este punto, y después de recordar que en una sociedad democrática puede ser necesario limitar la libertad de manifestar las creencias y convicciones para conciliar los intereses de los distintos grupos y garantizar el respeto mutuo, el Tribunal hace referencia al amplio margen de apreciación que corresponde a los Estados en materia religiosa, aludiendo al papel esencial de los órganos que deciden a nivel nacional. Margen que –enfatisa el Tribunal– se impone especialmente cuando los Estados regulan el uso de los símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, dada la disparidad de soluciones legislativas adoptadas por las autoridades nacionales en este tema. En este sentido, resulta sumamente interesante el repaso que la sentencia hace de las normativas vigentes en Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Reino Unido, España, Finlandia, Suecia y Holanda, con el objeto de evidenciar esa falta de un consenso europeo. No tan loable es, sin embargo, el “olvido” del hecho, sin duda relevante, de que esa disparidad de criterios mostrada se circunscribe únicamente al ámbito de la educación primaria y secundaria, no existiendo en ninguno de los países mencionados –ni siquiera en Francia– restricción alguna al uso del velo en la enseñanza universitaria (el consenso en este punto parece, pues, significativo). De cualquier modo, el Tribunal no duda en incidir particularmente en la amplitud



de ese margen de apreciación nacional para concluir que la reglamentación impugnada es necesaria para proteger los derechos ajenos. Y, de hecho, en lo que constituye un patente ejemplo de renuncia al ejercicio de su tarea de control, la sentencia del TEDH se va limitando a hacerse eco de los diversos argumentos que las autoridades turcas esgrimen en defensa del principio constitucional de laicidad³⁵.

Argumentos que, por otra parte, más que con la libertad religiosa, tienen que ver fundamentalmente con la dimensión política y la carga simbólica que el debate sobre el uso del velo ha adquirido en los últimos años como consecuencia de su defensa por parte de ciertos grupos religiosos fundamentalistas y de algunos partidos políticos disueltos por el Tribunal Constitucional turco. En esta línea, el pasaje crucial de la sentencia afirma:

“... cuando se aborda la cuestión del velo islámico en el contexto turco, no se puede olvidar el impacto que puede tener el uso de este símbolo, que es presentado o percibido como una obligación religiosa, sobre quienes no lo usan. Como ya se ha señalado, entre los temas en juego se halla la protección de los derechos y libertades ajenos y el mantenimiento del orden público en un país en el que la mayoría de la población, manifestando una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y a un estilo secular de vida, se adhieren al credo islámico. La imposición de limitaciones en esta materia puede, por tanto, considerarse como una necesidad social imperiosa para alcanzar estos dos fines legítimos, especialmente porque, tal como indican los tribunales turcos, este símbolo religioso ha adquirido recientemente en Turquía un significado político”.

El Tribunal no pierde de vista que en Turquía existen movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas. Y ya ha dicho anteriormente que cada Estado contratante puede, en conformidad con las disposiciones del Convenio, tomar posición contra tales movimientos políticos según su experiencia histórica (caso *Refah Partisi*). La re-

³⁵ Principio de laicidad que en el caso turco no supone neutralidad en materia religiosa ni mucho menos separación Iglesia-Estado. Como pone de manifiesto el informe sobre ese país realizado por el Relator Especial de la Comisión de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación por motivos de religión, del año 2000, la “altamente compleja” laicidad turca no impide que el Estado, a través del Departamento de Asuntos religiosos, sea el responsable de la administración de los asuntos internos del Islam, dirija la educación religiosa musulmana obligatoria a lo largo de toda la educación primaria y secundaria, controle y distribuya los sermones que se leen los viernes en las mezquitas, o contrate y pague a todos los imanes.

glamentación litigiosa ha de verse en ese contexto y constituye una medida dirigida a alcanzar los fines legítimos previamente enunciados y preservar el pluralismo en la universidad³⁶.

La conclusión del TEDH reposa así en una interpretación superficial y simplificadora sobre el significado y la relevancia del uso del velo, dando por sentado que quien lo utiliza lo hace como consecuencia de las presiones ejercidas por determinados grupos religiosos o como un acto de proselitismo abusivo dirigido a ejercer presión sobre quienes no lo utilizan. Desde esta perspectiva “fundamentalista”, además, el uso del velo es contemplado como una práctica alienante e incompatible con el principio de igualdad de sexos, en cuanto expresiva de la sumisión de la mujer al varón.

Lo cierto, sin embargo, es que ni el TEDH ni el propio gobierno turco aportan datos o mencionan situaciones concretas que respalden tales afirmaciones, que no parecen por otra parte ajustarse en general a la realidad del país ni mucho menos a los hechos particulares que se juzgan. A este respecto cabe señalar que en los informes recientemente emitidos sobre la situación de la mujer en Turquía por organizaciones internacionales como *Women for Women's Human Rights* o *Human Rights Watch*³⁷, la única presión relativa al uso del velo que aparece mencionada es justamente la ejercida por el gobierno turco sobre las mujeres que desean llevarlo. Incluso, en el párrafo citado, el mismo Tribunal reconoce que la mayoría de la población manifiesta una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y al principio de laicidad, lo cual parece difícil de conciliar con su afirmación, a renglón seguido, de la existencia de una “necesidad social imperiosa” que justifica la prohibición del velo³⁸. Y por lo que se refiere a las circunstancias particulares del caso juzgado, la argumentación del Tribunal resulta chocante en la medida en que – como admitía incluso el gobierno turco – no se podía cuestionar el inequívoco compromiso de Leyla Sahin con el principio constitucional de laicidad. Así

³⁶ *Leyla Sahin c. Turquía*, par. 115.

³⁷ Cfr. *Women for Women's Human Rights, The New Legal Status of Women in Turkey*, 2002, en <http://www.wwhr.org/images/newlegalstatus.pdf> y *Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch's concerns with regard to Academic Freedom in Higher Education and Access to Higher Education for Women who wear the headscarf*, 2004, en <http://hrw.org/backgroundunder/eca/turkey/2004/headscarfmemo.pdf>.

³⁸ De hecho, poco después de concluirse la redacción de este trabajo, se ha producido la noticia de la derogación por parte de las autoridades turcas de la prohibición de utilizar el velo en las Universidades.

como tampoco había ninguna duda de que el uso del velo respondía en su caso a una elección personal plenamente autónoma y voluntaria. Elección en virtud de la cual había estado utilizando esa prenda en el recinto universitario durante los cinco años previos a la promulgación de la normativa impugnada, sin que existiera el más mínimo indicio en su comportamiento de una actitud ostentatoria, reivindicativa o provocativa que pudiera asimilarse a un acto de presión o siquiera de proselitismo hacia los demás. La sentencia del TEDH se basa así únicamente en asunciones acríticas y generales sobre las razones que mueven a las mujeres musulmanas a usar el velo, desconociendo la pluralidad de significados y situaciones que encubre dicha práctica. Y no llega siquiera a plantearse en ningún momento la posibilidad de que ésta pueda responder a motivaciones fundadas en la autonomía individual. De este modo, paradójicamente, en aras de una pretendida finalidad general de protección de los derechos de la mujer musulmana queda cercenada totalmente su libertad y su capacidad para decidir de manera autónoma³⁹.

Se elimina así la libre expresión o manifestación de las creencias en nombre de la preservación del pluralismo: un pluralismo, eso sí, que llega a hacerse completamente invisible. El temor a posibles tensiones no parece motivo suficiente para cercenar el ejercicio de los derechos y libertades. Y de hecho el propio TEDH se ha mostrado tajante al señalar reiteradamente que, aunque “es posible que se produzca tensión en situaciones en las que una comunidad religiosa o de otro tipo se halle dividida, (el Tribunal) considera que ésta es una de las consecuencias inevitables del pluralismo” y, en consecuencia, “el papel de las autoridades en estas circunstancias no es el de erradicar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino asegurar que los grupos en conflicto se toleren entre ellos”⁴⁰. Aunque sea cierto, por tanto, que en un contexto

³⁹ E. RELAÑO y A. GARAY, “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin c. Turquía”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2006: “El argumento que emplea ‘la defensa del principio de igualdad de la mujer musulmana’ no deja sino traslucir una actitud paternalista y contradictoria: ¿cómo es posible proteger los derechos de la mujer restringiendo el derecho autónomo e individual a manifestar su religión, de conformidad a sus correspondientes convicciones, con las consecuencias sabidas de que la prohibición las dejará sin el acceso a las universidades si no desisten del cumplimiento de los preceptos de su religión?” (p. 25). Conocida es, en este sentido, la paradójica situación a la que se enfrentan muchas mujeres turcas que se ven obligadas a emigrar fuera de su país para poder estudiar sin renunciar a la libre manifestación de su identidad religiosa.

⁴⁰ *Agga c. Grecia* (2002), par. 60. En el mismo sentido cfr. *Serif c. Grecia* (1999), par. 53, y *Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldavia* (2002), par. 116.

determinado el uso del velo pueda constituir una práctica que origine tensiones o disputas entre las diversas comunidades acerca de su carácter imperativo o dispositivo, en todo caso parece que la solución, en una sociedad liberal, no debe ser el de prohibir la conducta en cuestión, eliminando así el motivo de tensión, sino garantizar el pluralismo haciendo que los diversos grupos se toleren entre sí y respeten el derecho de cada individuo a decidir de manera autónoma. Lo contrario constituye una abdicación por parte del Estado de su función, “en cuanto organizador neutral e imparcial del ejercicio de las diversas religiones, fes y creencias”⁴¹, de garante de las libertades individuales.

Si, siguiendo la clásica afirmación de J. S. Mill, sólo la lesión de terceros puede justificar la limitación de la autonomía individual, resulta difícil conceder que la práctica individual y voluntaria de la utilización del velo constituya por sí misma un daño o un peligro para los derechos y libertades ajenos⁴². Máxime cuando el TEDH, para justificar la prohibición de dicha práctica en razón de sus supuestos efectos proselitistas, se remite a su decisión en *Dahlab c. Suiza* (2001), un caso que resulta difícilmente equiparable a estos efectos al de Leyla, por cuanto en aquél la prohibición afectaba a una maestra de educación primaria en una escuela pública⁴³. Como remarcaba el propio Tribunal en *Dahlab*, en este supuesto la demandante, en cuanto representante del Estado, desempeñaba una función institucional que le obligaba a observar una posición de estricta neutralidad. Y, además, la finalidad de la restricción era la protección de los derechos de sus alumnos, unos niños de edades muy tempranas y fácilmente influenciables, sobre los que aquella ejercía una relación de jerarquía y autoridad⁴⁴. Cir-

⁴¹ *Refah Partisi c. Turquía* (2003), par. 91.

⁴² Cfr. en este sentido L. PRIETO, “Religión y política (A propósito del Estado laico)”, *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 129-130.

⁴³ Cfr. *Leyla Sahin c. Turquía*, par. 111.

⁴⁴ *Dahlab c. Suiza*: “El Tribunal admite que es muy difícil determinar el impacto que un signo externo tan poderoso como el uso del velo pueda tener sobre la libertad de conciencia y religión de niños tan pequeños. Los alumnos de la demandante tenían entre cuatro y ocho años, una edad en la que se preguntan sobre muchas cosas y son más fácilmente influenciables. En esas circunstancias, no puede descartarse completamente que el uso del velo pueda tener algún tipo de efecto proselitista, a la vista de que es impuesto sobre la mujer por un precepto establecido en el Corán... Consecuentemente, ponderando el derecho de la maestra a manifestar su religión con la necesidad de proteger a los alumnos y preservar la armonía religiosa, el Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso y considerando, sobre todo, la tierna edad de los niños de cuya formación es responsable la demandante en cuanto representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida que tomaron no fue irrazonable” (par. 98).



cunstancias que difieren notablemente de las presentes en *Leyla Sahin*, donde la medida impugnada se enmarcaba en el contexto de las relaciones entre estudiantes universitarios⁴⁵.

Asimismo, resulta igualmente injustificada la extralimitación en que incurre el TEDH al establecer una vinculación directa entre el libre ejercicio individual de la religión islámica y el islamismo político de carácter fundamentalista. Vinculación que no sólo le lleva a identificar el uso individual del velo con una actitud de provocación y de presión, sino que le permite remitirse reiteradamente a su opinión en *Refah Partisi c. Turquía* (2003) para justificar su decisión, cuando en realidad ambos casos versan sobre situaciones y problemas muy distintos. En *Refah*, el TEDH sostuvo la legitimidad de la disolución por parte del Tribunal Constitucional turco de un partido político de ideología islamista cuyos dirigentes habían declarado su intención de instaurar, recurriendo incluso a métodos violentos si fuera necesario, un régimen político de carácter teocrático inspirado en la Charia (conjunto de preceptos contenidos en el Corán y la Sunna)⁴⁶. Resulta patente, pues, la notable diferencia existente entre ambos supuestos: uno en el que se reclama la legitimidad del ejercicio individual de la libertad de manifestar las creencias religiosas, plasmado en la decisión autónoma de usar el velo, y otro en el que se ventilaba la compatibilidad con el sistema democrático de un partido político que compartía responsabilidades de gobierno y que se hallaba dispuesto –al menos así lo cree el Tribunal– a cercenar violentamente esa libertad, imponiendo la obligatoriedad en todos los ámbitos de la vida social de unos preceptos religiosos, entre ellos la utilización del velo. Se trata, ni más

⁴⁵ Más comprensible desde este punto de vista es el respaldo otorgado por el TEDH a las autoridades turcas en *Kurtulmus c. Turquía* (2006), puesto que aquí la prohibición recaía sobre una profesora de una Universidad pública, sujeta en virtud de su estatuto funcional a restricciones especiales en virtud del principio constitucional de laicidad.

⁴⁶ Detallados comentarios, desde diversos puntos de vista, sobre esta importantísima sentencia pueden encontrarse en M. A. CAÑIVANO, “La defensa de la laicidad y la compatibilidad del islamismo con los valores democráticos, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Refah Partisi y otros vs. Turquía*”, *Derecho y opinión*, núm. 9, 2001, pp. 203-212; L. MARTÍN-RETORTILLO, “El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 337-358; y J. GARCÍA ROCA, “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, 2002, pp. 295-334.

ni menos, de la clase de diferencia que marca la separación entre la defensa de los derechos individuales y su radical negación.

A la vista de los argumentos expuestos por el TEDH en *Leyla Sahin* cabe finalmente preguntarse si también habría efectuado idéntico reduccionismo si la demanda hubiera versado sobre el uso de la barba, operando la misma vinculación o identificación entre esa práctica y la defensa de los movimientos fundamentalistas. Es decir, siguiendo el esquema argumentativo empleado en relación con el uso del velo, ¿sostendría el TEDH las mismas razones para respaldar la normativa impugnada si el demandante fuera un varón que impugna la prohibición de dejarse barba?, ¿aunque esa práctica no fuese el resultado de una imposición sino de un genuino ejercicio de autonomía individual?, ¿tanto si ese ejercicio responde a motivaciones religiosas como, por ejemplo, estéticas? No es necesario siquiera recurrir a nuestro refranero en materia de barbas para comprender la entidad y la gravedad de los temas de fondo que aquí se están ventilando (incluso para los no barbudos)⁴⁷.

Tanto en *Kokkinakis* como en *Leyla Sahin* se deja traslucir en definitiva esa actitud cautelosa, incluso desconfiada del TEDH, frente a las dimensiones externas de la religión y su acentuada predisposición a admitir restricciones a la libre manifestación de las creencias cuando éstas puedan originar cualquier clase de perturbación en la esfera pública. Actitud que se traduce en una concepción restrictiva de la libertad religiosa, que contrasta con su firme y amplia defensa del resto de las libertades contempladas en los artículos 8-11. Especialmente de la libertad de expresión, dominio en el que el Tribunal ha sido en general extraordinariamente exigente a la hora de justificar interferencia alguna con la emisión de opiniones e ideas, incluso de aquellas que choquen con los presupuestos fundamentales del modelo democrático. De este modo, debido a esa diferente medida, acabamos asistiendo a la paradójica conclusión de que, mientras la pacífica manifestación individual de las creencias mediante el uso del velo es considerada por el TEDH como una amenaza a la laicidad que –de conformidad con el artículo 9– puede ser prohibida para proteger los derechos de terceros, en cambio, la condena por incitación al odio religioso impuesta por los tribunales turcos a un líder de una secta fundamentalista que en un debate televisivo criticó violentamente el principio de laicidad y el sistema democrático como impíos, calificó de “bastardos” (por utilizar la traducción más suave de la expresión em-

⁴⁷ Se trata, desde luego, de algo más que “meros problemas administrativos”, como los denomina L. MARTÍN-RETORTILLO, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Civitas, Pamplona, 2007, p. 91.

pleada) a los niños nacidos de matrimonios civiles y llamó a la sustitución de la democracia por un régimen basado en la Charia, supone para este mismo Tribunal una violación del artículo 10 del Convenio⁴⁸.

2. LA PROTECCIÓN DEL SENTIMIENTO RELIGIOSO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es, de manera absolutamente razonable, uno de los derechos del Convenio que goza de un mayor nivel de protección. Si –tal como señala el TEDH– “el pluralismo, la tolerancia y la apertura de espíritu son los signos distintivos de una sociedad democrática”, la libertad de expresión representa sin duda una condición esencial para la preservación del modelo democrático inherente al Convenio. De ahí que aquel afirme reiteradamente que los límites señalados en el artículo 10.2 deben ser interpretados de manera estricta, disponiendo los Estados de un escaso margen de apreciación para justificar sus injerencias en el ámbito de este derecho. Sin embargo, al mismo tiempo, el Tribunal ha ido modulando diversos niveles de protección en el interior del artículo 10, permitiendo distintos grados de interferencia estatal en función del contenido del discurso y de los diferentes fines perseguidos mediante su restricción. Entre estos fines o límites se encuentra “la protección de los derechos de terceros”. Y, aunque la mencionada necesidad de interpretar restrictivamente tales límites hace que la libertad de expresión ampare “no sólo las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que son acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, chocan o molestan al Estado o a una parte de la población”, lo cierto es que esta protección decae considerablemente cuando las ideas y opiniones expresadas inciden en el ámbito de las creencias religiosas⁴⁹.

Así, “mientras existe poco espacio bajo el artículo 10.2 del Convenio para las restricciones en el discurso político o en el debate sobre cuestiones de

⁴⁸ *Gündüz c. Turquía* (2003). Con relación a la llamada a la introducción de la Charia, pese a su incompatibilidad con el sistema democrático, el TEDH declaró expresamente que la defensa individual de dicho régimen sin llamar a la violencia para su implantación era una situación que no podía equipararse con la de *Refah Partisi*, puesto que aquí dicha defensa era propugnada por un partido político que tenía próxima la posibilidad real de acceder al poder en solitario. Razón por la cual no tuvo en cuenta dicho precedente (par. 51). ¿No cabía esperar –al menos– una argumentación similar en el caso de Leyla Sahin?

⁴⁹ Las citas recogidas en este párrafo pertenecen a *Handyside c. Reino Unido*, par. 49.

interés público, los Estados contratantes disponen de un margen de apreciación más amplio cuando regulan la libertad de expresión en relación con materias susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas dentro de la esfera de la moral o, especialmente, de la religión". Y la razón de esta excepción es que, "igual que en el campo de la moral, y tal vez en un grado incluso mayor, no existe una concepción europea uniforme sobre las exigencias de 'la protección de los derechos de otros' en relación con los ataques a sus convicciones religiosas"⁵⁰. Es decir, el mismo argumento –la ausencia de un consenso europeo en la materia– que el TEDH utiliza para justificar una concepción débil y restrictiva de la libertad religiosa, circunscribiendo severamente el ámbito de protección del artículo 9, sirve también, por el contrario, para hacer de ella el derecho más resistente y de más amplio alcance cuando opera como límite a la libertad de expresión, reduciendo ésta a sus confines mínimos⁵¹. Al punto que el Tribunal –al contrario de lo que sucede respecto de otras materias– sí ha venido prácticamente a identificar cualquier molestia, ofensa o perturbación en este campo con un ataque injustificado a los derechos del creyente⁵². Incluso llegando a afirmar que, en materia religiosa, "no debe excluirse que una expresión, que en sí misma no es ofensiva, pueda tener un impacto ofensivo en ciertas circunstancias"⁵³.

⁵⁰ *Wingrove c. Reino Unido*, par. 58.

⁵¹ Como afirma D. I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, cit., en su extenso estudio sobre la libertad de expresión en el marco del Convenio, "el concepto de 'libertad de expresión' utilizado por el Tribunal es menor tratándose de cuestiones referidas a aspectos morales y religiosos de la persona que con respecto a otras cuestiones de su interés" (p. 129).

⁵² *Otto-Preminger-Institut*: "... en el contexto de las opiniones y creencias religiosas puede incluirse legítimamente una obligación de evitar, en lo posible, expresiones gratuitamente ofensivas para los demás que constituyen un ataque a sus derechos" (par. 49).

⁵³ *Murphy c. Irlanda*, par. 72. En este caso una iglesia evangélica impugnaba la prohibición de emitir el siguiente anuncio radiofónico: "¿Qué piensas de Cristo? ¿Dirías sólo, como Pedro, que es el hijo de Dios vivo? ¿Has examinado alguna vez por ti mismo los hechos históricos sobre Cristo? El *Irish Faith Centre* presenta durante la semana de Pascua un video de una hora de duración realizado por el Dr. Jean Scott sobre la evidencia de la resurrección, desde el lunes, día 10, hasta el sábado, día 15, todas las noches a las 20.30 h., y el domingo de resurrección a las 11.30 h. y a las 19.30 h." El TEDH respaldó la prohibición en aras de la protección de los sentimientos religiosos, basándose –entre otras razones– en la consideración que las autoridades nacionales hacían sobre la especial sensibilidad religiosa de los irlandeses, quienes "tienden a pertenecer a una iglesia particular, de manera que la publicidad religiosa de una iglesia diferente podría ser considerada ofensiva y susceptible de ser interpretada como proselitismo" (par. 73).

Esta prevalencia absoluta de los sentimientos religiosos se ha mantenido también cuando el ejercicio de la libertad de expresión se enmarca en el contexto de la creación literaria y artística, un campo en el que parece especialmente importante garantizar una amplia libertad al creador, incluso frente a realizaciones que puedan ser consideradas discutibles, de mal gusto o rechazables⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal no ha tenido reparos en colocar en manos de los Estados un amplio poder discrecional para censurar y prohibir esas creaciones –y sancionar penalmente a sus autores o distribuidores–, incluso con carácter previo a su exhibición, impidiendo así cualquier debate sobre las mismas y permitiendo que las autoridades locales se conviertan en los jueces exclusivos de sus méritos o deméritos, tanto en el campo moral o religioso como en el artístico.

Así, en *I. A. c. Turquía* (2005), el TEDH consideró que la condena de dos años de privación de libertad impuesta al editor de una novela –con una tirada de apenas 2.000 ejemplares– en algunos de cuyos pasajes se vertían opiniones muy críticas con la religión, y particularmente con el Islam, no constituía una violación del artículo 10⁵⁵. Tanto la acción emprendida por el fiscal como la posterior condena judicial se basaban fundamentalmente en un informe encargado por la fiscalía a un teólogo islámico –otra “peculiaridad” de la singular laicidad turca– en el que se descalificaban los puntos de vista del autor como materialistas, positivistas, ateos o deudores del pensamiento del Renacimiento. En ningún momento, sin embargo, se aporta ningún dato o hecho que acreditara que la distribución del libro hubiera causado el más mínimo altercado, ni consta tampoco la existencia de denuncias de creyentes que pudieran sentirse ofendidos. Pese a ello, el TEDH echó mano sin más del amplio margen de apreciación estatal para certificar la existencia de una “necesidad social imperiosa”. Y, en cuanto a la proporcionalidad de la medida impugnada, consideró que el hecho de que la pena

⁵⁴ El propio TEDH ha subrayado que la libertad de creación artística “permite la oportunidad de tomar parte en el intercambio público de información cultural, política y social e ideas de toda clase. Aquellos que crean, interpretan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática” (*Alinak c. Turquía*, par. 42).

⁵⁵ El pasaje concreto que justificó la condena de los tribunales turcos fue el siguiente: “Dios dice que todas sus palabras son las de su profeta. Algunas de estas palabras, sin embargo, fueron inspiradas en un momento de exultación, en los brazos de Aisha ... El mensajero de Dios rompió su ayuno con trato carnal después de cenar y antes de la oración. Mahoma no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo” (par. 29).



privativa de libertad hubiese sido finalmente conmutada por una “insignificante multa”, bastaba para satisfacer tal exigencia.

Con todo, esta sentencia responde a una línea jurisprudencial tan discutible como consolidada. La primera vez que el TEDH afrontó esta delicada cuestión fue en *Otto-Preminger-Institut c. Austria* (1994). La entidad demandante, una asociación cultural que gestiona un cine forum en Innsbruck, había anunciado en su boletín la proyección de “Concilio en el cielo”, adaptación cinematográfica de la tragedia satírica de Oskar Panizza. En el anuncio se advertía que el film “critica a modo de caricatura las representaciones simplistas y los excesos del credo cristiano, y analiza la relación entre las creencias religiosas y los mecanismos de opresión temporal”⁵⁶. Pero antes de que pudiera ser exhibida, a instancias de la diócesis local, el Tribunal Regional ordenó la retirada de la película y, posteriormente, su confiscación, al amparo del artículo 188 del Código penal austriaco, que prohíbe aquellas conductas dirigidas contra objetos de veneración religiosa que puedan causar “indignación justificada”⁵⁷. Cuando el asunto llegó a conocimiento del TEDH, éste sostuvo la legitimidad de tales medidas a la luz del artículo 10 del Convenio basándose una vez más en el amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales en lo tocante a expresiones que incidan en materia religiosa.

Es de subrayar que, a la hora de justificar este margen de actuación, el tribunal no se limitó a señalar la ya consabida ausencia de una concepción uniforme sobre el significado de la religión en el ámbito europeo, sino que dio un paso más al añadir que “las concepciones pueden variar incluso dentro de un mismo país”. Por ello, para apreciar debidamente si existía

⁵⁶ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 10.

⁵⁷ El TEDH describe así el argumento del film: A causa de la degradación moral del Renacimiento, y particularmente de la corte del papa Alejandro VI Borgia, Dios, Jesucristo y María deciden castigar a la humanidad. Descartada su destrucción, y buscando un castigo que la deje necesitada de salvación y capaz de redención, solicitan el auxilio del diablo. Éste sugiere la idea de una enfermedad de transmisión sexual y, a tal fin, procrea con Salomé una hija que se encargará de difundirla. Como recompensa por sus servicios, el diablo solicitará que se le conceda libertad de pensamiento. En este contexto –señala el Tribunal– “la película representa al Dios de la religión judía, cristiana e islámica como un viejo aparentemente senil postrándose ante el diablo, besándole y llamándole su amigo. También le muestra jurando por el diablo. Otras escenas muestran a la Virgen María permitiendo que se le lea una historia obscena y manifiestan cierta tensión erótica entre ella y el diablo. Jesucristo es presentado con una ligera deficiencia mental y en una escena aparece intentando besar y acariciar los senos de su madre, que parece permitirlo. Dios, la Virgen y Cristo aparecen besando al diablo” (par. 22).

una necesidad social imperiosa de intervenir, el Tribunal no puede obviar el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Al retirar la película, las autoridades austriacas actuaron para proteger la paz religiosa en esta región e impedir que algunos se sintieran atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Es competencia en primer lugar de las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, la evaluación de la necesidad de semejantes medidas a la luz de la situación existente en el plano local en una época concreta⁵⁸.

Esto es, el hecho de que la población local sea mayoritariamente católica obliga a tomar en consideración sus criterios de valoración. Y en la medida en que, a la vista de los mismos, existía la posibilidad de que la película pudiera suscitar un sentimiento de indignación en esa comunidad, el TEDH concede que las autoridades austriacas disponían de una razón suficiente para impedir su exhibición en aras de la protección de los derechos de los creyentes. Razonamiento que, si se mira bien, en un contexto sociológico diferente, hubiera podido servir igualmente para justificar, por ejemplo, la condena de Salman Rushdie en Irán por la publicación de sus *Versos satánicos*.

Con esta decisión el TEDH deriva peligrosamente –como denuncia F. Margiotta– hacia una excesiva “fragmentación del concepto de sociedad democrática abierta, que es la dimensión en la cual se inscribe el Convenio”⁵⁹. Fragmentación que permite justificar variaciones, no ya nacionales sino incluso locales, en el alcance de la tutela de la libertad religiosa o de otras libertades cuando inciden en materia religiosa, menoscabando así seriamente el objetivo integrador que anima la propia creación del Convenio, concebido como un vehículo para la construcción de una concepción común de los derechos, tal como se subraya en su Preámbulo⁶⁰.

⁵⁸ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 56.

⁵⁹ F. MARGIOTTA, “Uno scontro tra libertà: la sentenza Otto-Preminger-Institut della Corte europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXVIII, 1995, p. 377.

⁶⁰ Como ejemplo de esta lógica disgregadora cabe citar *Dudgeon c. Reino Unido* (1981), un caso en el que el TEDH debía decidir si la legislación vigente en Irlanda del Norte que penalizaba las relaciones homosexuales llevadas a cabo voluntariamente y en privado entre adultos constituía una violación del artículo 8 del Convenio. Especialmente teniendo en cuenta que en el resto del territorio del Reino Unido tales relaciones habían sido despenalizadas en 1967 siguiendo las recomendaciones sugeridas en el famoso informe de la Comisión Wolfenden. Los intentos de introducir esta nueva legislación en Irlanda del Norte siempre habían tropezado con la firme oposición de la Iglesia católica, que veía la propuesta como una incitación para

Además, de la argumentación en *Otto* puede concluirse que la intervención de las autoridades austriacas se justifica únicamente en la medida en que los sentimientos religiosos objeto de protección son precisamente los de la mayoría⁶¹. El TEDH parece adherirse así peligrosamente a un principio de “confesionalidad sociológica”, en virtud del cual el grado de protección de los derechos individuales se hace depender sencillamente de la relevancia sociológica de la confesión cuyas creencias han sido atacadas⁶². A la vista de ello, podemos preguntarnos: si la caricatura o la sátira polémica hubiera estado dirigida contra dogmas u objetos de veneración propios del judaísmo o del Islam ¿no habría debido igualmente intervenir el Estado para proteger los sentimientos religiosos de los miembros de dichas confesiones? Tal vez sea ésta una cuestión que el TEDH tenga que afrontar pronto, si se tiene presente el proceso judicial recientemente abierto en Francia por la reproducción en un semanario galo de unas viñetas satíricas sobre Mahoma originalmente publicadas en un diario danés⁶³. Y tal vez entonces el TEDH aproveche esa ocasión para repensar sus planteamientos. Pero hoy, a la luz de los principios sentados tanto en *Otto* como en *Wingrove c. Reino Unido* (1996), la respuesta a aquella pregunta parece que habría de ser más bien negativa.

que la sociedad norirlandesa cambiase drásticamente sus valores. Aunque el TEDH finalmente consideró que el régimen norirlandés era incompatible con el Convenio por otras razones muy poderosas, lo cierto es que, en relación al punto que aquí nos interesa, el Tribunal estimó que el hecho de que la penalización de esas conductas no fuera considerada necesaria en otras partes del Reino Unido no significaba que no pudieran serlo en Irlanda del Norte. Y hacía referencia expresa a la mayoritaria adhesión de su población al credo católico como “un factor relevante” que en principio podía justificar esas restricciones en aquel territorio. Como vemos, nuevamente la puesta en escena del elemento religioso constituye un factor que opera rebajando de manera preocupante el nivel de protección garantizado por otros derechos.

⁶¹ Conclusión que ratificó el entonces presidente del Tribunal, Mr. Rolv Ryssdal, al afirmar poco después que el TEDH “ha reconocido que los Estados tienen derecho a proteger los sentimientos religiosos de la mayoría, incluso aunque esto conduzca a un conflicto potencial con otros derechos” (p. 93).

⁶² Cfr. D. GARCÍA-PARDO, “La protección de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación”, *Ius Canonicum*, vol. XL, núm. 79, 2000, p.146.

⁶³ Las caricaturas polémicas son tres: una que representa a Mahoma con un turbante bomba, otra en la que al recibir a las puertas del paraíso a unos personajes chamuscados les dice que dejen de inmolarse porque se han acabado las vírgenes y una tercera en la que el profeta se lamenta diciendo que “es duro ser amado por gilipollas”. En el momento de escribir estas páginas el Tribunal Correccional de París ha absuelto al director del semanario al considerar que, aunque una de las caricaturas puede resultar ofensiva e hiriente para los musulmanes –la primera–, se justifica en el contexto de una edición especial sobre integrista religioso, por lo que no han sido rebasados los límites admisibles de la libertad de expresión.

En *Wingrove* la obra polémica era un cortometraje de video titulado “Visiones de éxtasis” que hacía una interpretación libre, en clave erótica, del éxtasis místico de Santa Teresa de Jesús. Presentada ante el *British Board of Film Classification*, éste denegó cualquier clase de certificado de clasificación, impidiendo así totalmente su distribución, argumentando que dos escenas del film que representaban sendas fantasías eróticas de la santa contravenían la “ley de blasfemia” británica, que reprime aquellas expresiones que “se estime que puedan violentar los sentimientos religiosos cristianos”. Y el TEDH respaldó esa actuación. Aunque reconocía que la legislación penal contra la blasfemia había ido desapareciendo en la mayoría de los países europeos y que, incluso allí donde existía, apenas era aplicada –en Gran Bretaña sólo se había aplicado dos veces en los últimos setenta años–, no dudó en remitirse una vez más al consabido amplio margen de apreciación nacional alegando la ausencia de un consenso europeo sobre la materia. Pero no sólo eso. En este caso se planteaba también el problema del carácter claramente discriminatorio de la legislación británica, que sólo protege las creencias cristianas y, más específicamente, las de la Iglesia anglicana. Cuestión que el TEDH despachó afirmando que no es su tarea “decidir *in abstracto* la compatibilidad de la ley nacional con el Convenio” y que, en todo caso, “el hecho incontestable de que la ley de blasfemia no trate en pie de igualdad las diferentes religiones practicadas en el Reino Unido no obsta a la legitimidad del fin perseguido en el contexto presente”⁶⁴.

⁶⁴ *Wingrove c. Reino Unido*, par. 50. Lo cierto es, sin embargo, que ya anteriormente el TEDH había aceptado la posibilidad de que un texto legislativo pudiera suponer una violación directa del Convenio. Así sucedió, por ejemplo, en el citado caso de *Chassagnou y otros c. Francia*. Y así nos lo recuerda el propio Tribunal en *Thlimmenos c. Grecia* (2000). En este caso, digno de reseñar por lo inusual del planteamiento –sorprendentemente audaz– del Tribunal en esta materia, el demandante era un testigo de Jehová que no pudo tomar posesión de su puesto como auditor contable al tener antecedentes penales, ya que había sido condenado años antes por su objeción a vestir el uniforme militar. El TEDH consideró que el principio de no discriminación contenido en el artículo 14 no sólo es transgredido cuando los Estados tratan, sin justificación objetiva y razonable, de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones análogas, sino también cuando tratan de idéntica manera a personas en situaciones sensiblemente diferentes. De modo que tratar a una persona condenada por motivos de conciencia igual que a otros delincuentes constituía una discriminación por motivos religiosos. Y, aunque las autoridades judiciales no pudieron hacer otra cosa más que aplicar la ley vigente, que no establecía ninguna distinción, eso no excluía a juicio del TEDH la responsabilidad del Estado, por cuanto “es el Estado quien, al aprobar la legislación correspondiente sin introducir las excepciones apropiadas a la norma ... ha vulnerado el derecho del demandante” (par. 48). En virtud de ello, declaró la existencia de una violación del artículo 14 en relación con el artículo 9 por incompatibilidad de la ley nacional con el Convenio.

De hecho, unos años antes, cuando todavía se hallaba operativa la Comisión, ésta tuvo que pronunciarse sobre la demanda interpuesta por un musulmán que, considerando ofendidos sus sentimientos religiosos, vio denegada por las autoridades británicas su solicitud de que se aplicara esta misma legislación anti-blasfemia contra Salman Rushdie. Demanda que fue rechazada argumentando que no existe “ninguna relación entre el derecho a no ser interferido en las libertades recogidas en el artículo 9.1 y las pretensiones del demandante”⁶⁵. Es decir, se negó en relación a la protección de los sentimientos religiosos del demandante la existencia de la misma relación que en opinión del TEDH constituye justamente el fundamento para la protección de los sentimientos religiosos mayoritarios en situaciones análogas.

Resulta difícil conciliar esta sobreprotección de los sentimientos religiosos de la mayoría con el pluralismo inherente al sistema democrático, pluralismo que –como el TEDH afirmaba en *Kokkinakis*– la libertad de conciencia y religiosa está llamada precisamente a garantizar. Especialmente en un contexto europeo de creciente heterogeneidad religiosa, en el que confesiones que hasta hace poco eran marginales son cada vez menos minoritarias. Si admitimos que, al amparo del artículo 9, los sentimientos religiosos del creyente deben ser protegidos frente a cualquier expresión considerada ofensiva, ¿no debieran serlo todos, ya correspondan a confesiones mayoritarias o no? E incluso ¿por qué no otorgar el mismo grado de protección a las convicciones no religiosas, puesto que –recordemos– también ellas están tuteladas por ese precepto?⁶⁶. Es más, aceptada la necesidad de protección ¿no

⁶⁵ *Choudhury c. Reino Unido* (1991), par. 1.

⁶⁶ En este sentido denuncia R. BUSTOS, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en J. GARCÍA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., que existe una clara tendencia del TEDH a dejar “mucho más margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión en el campo de las creencias religiosas que en el campo de la moral en general”. Y echa de menos que “entre los deberes y responsabilidades de quienes defienden los propios sentimientos religiosos se incluyera también la obligación de respetar las convicciones de los defensores de una ética cívica de carácter no religioso” (p. 554). En este sentido cabe tal vez preguntarse por qué no han de ser tan dignos de protección los sentimientos de aquellos no creyentes que puedan sentirse ofendidos por las diatribas lanzadas contra ellos desde instancias religiosas. Por ejemplo, ¿no deben ser igualmente protegidas las convicciones de quienes se sientan ofendidos al escuchar a un líder religioso decir en un programa de televisión que los hijos nacidos de matrimonios civiles son unos bastardos?

habrían de ser precisamente los puntos de vista minoritarios los que deban ser especialmente amparados?⁶⁷. Si la libertad de expresión es un presupuesto esencial para la preservación del pluralismo en un sistema democrático, lo es justamente en virtud de su capacidad para salvaguardar la opinión del disidente. La historia de los derechos fundamentales nos muestra que la libertad de expresión se configura característicamente como libertad de expresión del pensamiento no conformista o heterodoxo, de aquel que cuestiona y pone en tela de juicio los valores mayoritariamente aceptados. Se trata de un expediente valioso en la medida en que, como afirma con carácter general el TEDH, ampara aquellos puntos de vista que chocan, inquietan e incluso ofenden los sentimientos mayoritarios. Palabras éstas que, como han denunciado algunos jueces, “no pueden convertirse en un sortilegio o frase ritual, sino que han de tomarse en serio y deben inspirar las soluciones de nuestro Tribunal” también cuando las opiniones expresadas puedan afectar a las convicciones morales y religiosas⁶⁸. Especialmente cuando nos movemos en el territorio de la creación artística: basta imaginar de cuántas realizaciones geniales nos veríamos hoy privados si históricamente se hubieran impuesto siempre los cánones de lo moral o religiosamente aceptable por la mayoría para entender las peligrosas consecuencias derivadas del planteamiento del TEDH.

Sobre todo si éste rechaza por principio cualquier intento o posibilidad de alcanzar un equilibrio entre los intereses afectados. En este sentido, y en relación al caso *Otto-Preminger-Institut*, resulta especialmente criticable el hecho de que el TEDH –al contrario que la Comisión, que había considerado injustificada la medida impugnada– no tuviese en cuenta las circunstancias que rodeaban la anunciada exhibición del film. Entre ellas cabe señalar que el texto teatral de Panizza se comercializaba libremente en Austria e incluso había sido representado en alguna ocasión; que la proyección iba a tener lugar en una pequeña sala de arte y ensayo ante un público adulto y de pago, amante del cine experimental; y que, además, la asociación demandante había estado advirtiendo convenientemente a su público del contenido crítico con la Iglesia católica. Precauciones que hacían sumamente improbable que la escasa audiencia incluyera personas que no estuvieran específicamente interesadas en el film o que pudieran resultar ofendidas en sus sentimientos

⁶⁷ Este es el punto de vista de F. RIGAUX, “La liberté d’expression et ses limites”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 23, 1995, p. 411.

⁶⁸ I. A. c. *Turquía*, voto particular de los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwirth, par. 1.

religiosos de manera accidental⁶⁹. Pese a ello, el TEDH consideró que el secuestro del film, que impidió su proyección en toda Austria, resultaba una medida proporcionada al fin perseguido. Secuestro que suponía sencillamente la eliminación de la esfera pública de una opinión que se presagiaba polémica y molesta, cercenándose así la posibilidad misma de discutir el mensaje del film⁷⁰. Con su respaldo incondicional a la supresión previa de

⁶⁹ Circunstancias que diferenciaban claramente este caso del juzgado en *Muller c. Suiza* (1988), en el que el TEDH había sostenido la legitimidad del secuestro de varios lienzos en los que se representaban con crudeza relaciones sexuales de diverso tipo, incluyendo escenas de zoofilia. El Tribunal, para justificar su decisión, enfatizó especialmente el hecho de que esos cuadros habían sido pintados ante el público asistente en el transcurso de una exposición en la que la organización había dispuesto que la entrada fuera gratuita, sin fijar ningún límite de edad ni advertir de eventuales contenidos hirientes para la sensibilidad de determinadas personas. Por el contrario, en *Otto*, el TEDH no sólo no tuvo en cuenta las precauciones adoptadas sino que, sorprendentemente, volvió el argumento del revés: “aunque el acceso a la sala estaba condicionado al pago de una entrada y a unos límites de edad, la película fue objeto de una amplia publicidad. El público tenía un conocimiento de la temática y de los contenidos básicos suficiente para hacerse una idea clara de su naturaleza; por estos motivos, la proyección prevista podría considerarse constitutiva de una expresión lo suficientemente ‘pública’ para ser ofensiva” (par. 54).

⁷⁰ Con relación a este delicado problema de la protección de los sentimientos religiosos señala L. MARTÍN-RETORTILLO, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, cit., que puede distinguirse en la actuación del TEDH “una doble línea bien marcada”: allí donde hay “expresiones gráficas, asequibles con facilidad, que resultan gravemente soeces y gratuitas, destacando escenas sexuales intencionadamente provocadoras, sin calidad artística”, el TEDH da por buena la injerencia estatal, mientras que “lo que sea el debate sobre las ideas, lo que podríamos denominar el ámbito de la palabra, con críticas a doctrinas, a prácticas, a comportamientos o, incluso, a personas que puedan ser representativas de una determinada religión –ya figuras históricas, ya los actuales responsables–, se formulen en sedudos volúmenes, en una tertulia de televisión o en un artículo periodístico,” cuenta con su más enérgica protección (pp. 126-127). Y puede ser cierto que el TEDH tiende en general a ser más duro con las imágenes que con la palabra, pero ya hemos visto cómo en *I. A. c. Turquía* la condena se dirigía contra el editor de una novela de escasísima tirada o cómo en *Murphy c. Irlanda* se prohibía un anuncio radiofónico. Por otra parte no parece que se pueda identificar sin más el ámbito de la palabra con el debate de ideas y el de la imagen con la ausencia de ellas. Por las referencias que nos proporcionan las propias sentencias del TEDH es bastante probable que, por ejemplo, el film confiscado en *Otto* aportara más al debate de ideas que los insultos ya mencionados lanzados por un líder de una secta fundamentalista en una tertulia televisiva. Y en cuanto a la asequibilidad o accesibilidad, no parece que ésta fuera más fácil o masiva en el caso de las películas confiscadas: en el caso austriaco el público informado e interesado que hubiera podido acceder a la sala era reducidísimo y en *Wingrove* las autoridades británicas podían sujetar la distribución del video a limitaciones más o menos severas relativas a la edad de los adquirentes y al tipo de establecimientos autorizados para su comercialización.

aquello que podía presumirse ofensivo del parecer mayoritario, se desconocían así radicalmente los puntos de vista de la minoría interesada en la clase de cultura y estética vanguardista, experimental y crítica que la asociación Otto-Preminger se esforzaba en promover⁷¹. Parece que, en una sociedad plural y democrática, debe haber espacio para que puedan arbitrarse medidas menos drásticas que la prohibición previa y absoluta de exhibición de tales obras, de manera que se pueda –aun con las tensiones consustanciales al valor del pluralismo– dar cabida a puntos de vista minoritarios, heterodoxos e incluso de mal gusto, en las condiciones adecuadas para que no resulten ofendidos los sentimientos de quienes no comparten esas posiciones⁷².

La rigidez de estos planteamientos en materia de sentimientos religiosos contrasta además con la permisividad mostrada por el TEDH cuando la libertad de expresión incide en otras materias igualmente polémicas. Así puede observarse en *Jersild c. Dinamarca* (1994), una resolución adoptada justamente el día anterior a *Otto* (aunque fue publicada tres días más tarde que ésta). En este caso, el Tribunal declaró contraria al artículo 10 del Convenio la imposición de una multa de ínfima cuantía (1.000 coronas danesas, esto es, unos 134 euros) a un periodista responsable de la emisión por televisión, en horario de máxima audiencia y sin realizar advertencia alguna sobre su contenido, de una entrevista grabada con integrantes de un grupo neonazi en el transcurso de la cual vertieron manifestaciones racistas y xenófobas que el propio TEDH no dudó en considerar “más que injuriosas” y humillantes para un considerable sector de la población⁷³.

⁷¹ Como señala J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, la posición del TEDH “denota una falta de matices en materia tan compleja”, detectándose en casos como *Otto* y *Wingrove* “una voluntad ultraprotectora de los sentimientos religiosos ante algunas expresiones audiovisuales ofensivas con una difusión restringida que presuponía el acceso intencionado de personas adultas” (p. 17).

⁷² Como el propio TEDH ha remarcado en relación con otras materias, “pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a una ‘sociedad democrática’: aunque a veces haya que subordinar los intereses individuales a los del grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de la mayoría sino que exige un equilibrio que asegure a las minorías un justo tratamiento y que evite cualquier abuso de una posición dominante” (*Chasagnou c. Francia*, par. 112).

⁷³ Los tres jóvenes, con numerosos antecedentes penales, además de jactarse de sus acciones violentas e intimidatorias para con los extranjeros, hicieron afirmaciones del estilo de “somos racistas, es bueno ser racistas”, “un negro no es un ser humano, es un animal”, “son gorilas” e “idiotas”, “lo que hace el Ku Klux Klan está bien”, etc. Cfr. *Jersild c. Dinamarca*, par. 11.

En este caso, pese a todas las circunstancias descritas, consideró que el interés de la audiencia en recibir una información de interés público debía prevalecer incluso sobre la protección de los derechos de una parte de la población que no sólo era insultada y vejada públicamente sino que tenía que soportar también cómo era negada su misma condición humana⁷⁴. Las injurias racistas difundidas en una televisión pública un domingo por la tarde ante una audiencia indiscriminada merecían así una protección que, apenas un día después, se negaba completamente a una película dirigida a un público minoritario e informado por presumir que podía ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa⁷⁵.

Además, esta protección de la libertad de expresión se ve extraordinariamente ampliada cuando su ejercicio se enmarca en el contexto de la creación artística, de manera que incluso discursos que en opinión del TEDH están claramente excluidos del ámbito de la libertad de expresión encuentran amparo en la naturaleza artística del soporte. Así sucede en *Alinak c. Turquía* (2005), donde se recurría el secuestro de una novela escrita por un exparlamentario que, inspirándose en unos hechos reales, narraba las torturas y asesinatos cometidos por las fuerzas de seguridad en una aldea kurda. Los pasajes controvertidos se referían a las opiniones vertidas por algunos de los personajes de la aldea que clamaban venganza ante la impunidad de que gozaban los autores de aquellos abusos. Pasajes que, en opinión del Tribunal, si bien “tomados literalmente (...), podrían interpretarse como una incitación al odio, al levantamiento y al uso de la violencia”, merecían no obstante en este caso la tutela del artículo 10, “debiéndose tener en cuenta que el medio usado por el recurrente era una novela, una forma de expresión artística que se dirige a un público relativamente reducido”⁷⁶. La

⁷⁴ Además, al contrario de lo que hemos visto en *I. A. c. Turquía* respecto del examen de la proporcionalidad de la medida impugnada, el Tribunal estimó en esta ocasión que “el argumento del Gobierno sobre la reducida cuantía de la multa no es relevante; lo que importa es que el periodista fue sancionado” (*Jersild c. Dinamarca*, par. 35).

⁷⁵ Esta diferencia con respecto a lo dispuesto en *Otto* resulta difícil de justificar si se tiene en cuenta, como señala G. HAARSCHER, “Le blasphémateur et le raciste”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 23, 1995, que existe “una diferencia de esencia” entre la blasfemia y los propósitos racistas. Las creencias religiosas son un cuerpo de ideas –susceptibles de ser separadas del individuo que las sostiene– y pueden ser defendidas mediante la libre discusión mostrando que los puntos de vista del adversario son erróneos. Por el contrario, el discurso racista no sólo ataca ideas sino que “excluye apriorísticamente a un grupo de individuos del ámbito de la comunicación democrática” (p. 421).

⁷⁶ *Alinak c. Turquía*, par. 41.



naturaleza artística del medio y su impacto limitado permitían así la protección de un discurso que, en condiciones normales, se halla radicalmente excluido de la protección del Convenio por vulnerar los fundamentos del propio sistema democrático. Licencia artística que, como vimos anteriormente, no se admitió sin embargo en *I. A. c. Turquía* en unas circunstancias prácticamente idénticas. Ni ha sido tenida en cuenta en general cuando entra en juego el factor religioso.

Para terminar, debe mencionarse que el TEDH ha vuelto a tener ocasión de pronunciarse sobre las restricciones a la libertad de expresión en materia religiosa –en este caso fuera ya del ámbito de la creación artística– en *Aydin Tatlav c. Turquía* (2006). Aquí se impugnaba la condena de doce meses de prisión y pago de una multa impuesta a un periodista, autor de la obra “La realidad del Islam”. La primera edición del primer volumen (“El Corán y la religión”) databa de 1992 y no había ocasionado ningún tipo de conflicto, pero con ocasión de la publicación de su quinta edición en 1996, y a instancias de la denuncia de un particular, el fiscal de Ankara puso en marcha un procedimiento judicial. Los tribunales turcos justificaron la condena en el hecho de que, “en sus líneas directrices, la obra mantiene que Alá no existiría, que habría sido creado para embaucar al pueblo analfabeto, que el Islam es una religión primitiva, que engaña a la población con historias del paraíso y el infierno, y que sacraliza las relaciones de explotación, incluso de esclavitud”. Y el TEDH –aunque confirma nuevamente los principios generales sentados en *Otto* y *Wingrove*– consideró que en este caso se había producido una vulneración del artículo 10 del Convenio porque los párrafos cuestionados contenían únicamente “una dosis de viva crítica”. El libro denunciaba la legitimación de las injusticias sociales en nombre de la voluntad de Dios, adoptando un punto de vista crítico “con relación a la religión sobre el terreno socio-político”, pero sin que existiera un ataque directo contra las personas de los creyentes o sus símbolos sagrados⁷⁷. No cabía apelar, por tanto, a la protección de los sentimientos religiosos⁷⁸. De todos modos, habrá

⁷⁷ *Aydin Tatlav c. Turquía*, par. 28.

⁷⁸ Del mismo modo, en *Giniewski c. Francia* (2006), el TEDH ha considerado que no suponen una ofensa a los sentimientos religiosos en el sentido del Convenio las críticas emitidas contra las doctrinas contenidas en una encíclica papal, aunque algunas de ellas sean tachadas de antisemitas y acusadas de haber favorecido el genocidio nazi. Tampoco cabe apelar a la protección de los sentimientos religiosos cuando, como sucedía en *Klein c. Eslovaquia* (2006), las críticas, ofensas o incluso injurias van dirigidas personalmente contra un individuo, aunque éste ostente una alta dignidad eclesiástica.

que estar sin duda atentos en el futuro para ver dónde puedan establecerse las fronteras entre la “viva crítica” y la ofensa de los sentimientos religiosos, así como la respuesta que el TEDH pueda dar a nuevas demandas de protección de los sentimientos religiosos por parte de confesiones minoritarias. Tal vez un futuro pronunciamiento sobre el mencionado asunto de la publicación de las caricaturas de Mahoma pueda despejarnos muchas dudas en relación con ambos problemas.

Pero en definitiva, hoy por hoy, lo cierto es que la actitud cautelosa del TEDH cuando entra en juego el componente religioso en el espacio público le ha llevado a aceptar limitaciones especialmente severas de los derechos implicados por parte de los Estados, especialmente cuando se trata de proteger a las confesiones mayoritarias. Limitaciones que el propio Tribunal no se halla sin embargo dispuesto a admitir en relación a ninguna otra materia. El presupuesto que parece guiar su actuación en este campo es la eliminación de cualquier situación de riesgo en la que la religión pueda convertirse en un factor de discusión, de tensión o de división en la esfera pública. Desde esta perspectiva, la concepción restrictiva de la libertad de manifestación de las creencias religiosas y la especial restricción de la libertad de expresión cuando ésta incide en las creencias religiosas (mayoritarias) aparecen como las dos caras de una misma moneda. El resultado es así una cuestionable limitación del alcance de la propia libertad de conciencia y religiosa, al tiempo que –como contrapunto– una sobreprotección de los sentimientos religiosos frente al ejercicio de otros derechos. Y, como consecuencia de todo ello, una muy devaluada concepción del valor del pluralismo en esta materia.

La jurisprudencia del TEDH nos enfrenta así finalmente a una nueva paradoja resultante de la tensión entre las fuerzas centrípeta y centrífuga que operan al evaluar la necesidad de las injerencias estatales en el marco de un sistema democrático. Tensión que se traduce en la problemática coexistencia de una doble acepción o dimensión del pluralismo. Por una parte, cabe hablar de un “pluralismo en el plano nacional interno” propiciado por el modelo de sociedad democrática inherente al Convenio, que actúa como un factor de integración europea y tiende al control activo del TEDH para garantizar, por encima de las tradiciones nacionales, el respeto de la pluralidad de opciones en el interior de cada Estado. Y, por otra parte, de un “pluralismo en el plano internacional” favorecido por el juego del mecanismo del “margen de apreciación nacional”, que tiende a la autolimitación del TEDH en el ejercicio de sus funciones de control en aras del respeto de la pluralidad de tradicio-



nes nacionales. De este modo, al decantarse el TEDH por la prevalencia de esta última orientación siempre que entra en juego el factor religioso –bien sea como pretensión activa del creyente o como límite al ejercicio de los derechos de otros–, la protección del pluralismo (de las tradiciones religiosas de los estados) en una abstracta dimensión europea opera en detrimento de la defensa del pluralismo (de las opciones religiosas de los individuos y de los grupos) en cada uno de los concretos contextos nacionales.

JOSE IGNACIO SOLAR CAYÓN

Facultad de Derecho

Universidad de Cantabria

Avda. de los Castros, s/n.

39005 Santander

e-mail: jose.solar@unican.es

